الدكتور

محمد حسين منصور

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

المدخل إلى القانون

القاعدة القانونية



منشورات الحلبي الحقوقية

المدخل إلى القانون

القاعدة القانونية



المدخل إلى القانون

القاعدة القانونية

الدكتور
محمد حسين منصور
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

منشورات الحلبي الحقوقية

منشورات الحلبي الحقوقية

AL - HALABI
LEGAL PUBLICATIONS

الطبعة الأولى

ISBN 978-614-401-061-7



منشورات الحلبي الحقوقية

فرع اول:
بناية الزين - شارع القنطاري
مقابل السفارة الهندية
هاتف: 364561 (1-961+)
هاتف خليوي: 640821 - 640544 (3-961+)
فرع ثان:
سوديكو سكوير
هاتف: 612632 (1-961+)
فاكس: 612633 (1-961+)
ص.ب. 11/0475 بيروت ـ لبنان
E - mail elhalabi@terra.net.lb
www.halabilawbooks.com

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلْقِسْطِۖ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُواْۚ ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرُۢ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾﴾

صدق الله العظيم

[المَائدة: ٨]



مقدمة

لفظ القانون وتعدد معانيه:

يعبر لفظ القانون، بمعناه العام، في كل العلوم، عن النظام والاستقرار، والعلاقة الثابتة والدائمة بين الظواهر، أي تكرار حدوث الظاهرة كلما توافرت مسبباتها. ويقصد بذلك نظام الكون المستقر أو مقياس الأشياء، فيقال قانون الجاذبية الأرضية في علم الطبيعة، وقانون دوران النجوم والكواكب، وقانون العرض والطلب.

ويقصد بالقانون Droit، في اللغة القانونية، مجموعة قواعد السلوك العامة الملزمة للأفراد في المجتمع، والتي تنظم العلاقات والروابط، ويناط كفالة إحترامها من خلال الجزاء الذي توقعه السلطة العامة على من يخالفها.

ويطلق اصطلاح القانون Loi أحياناً للتعبير عن مجموعة معينة من القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية، أي أن القانون يستخدم هنا للتعبير عن التشريع، فيقال قانون الإثبات. وقانون الأحوال الشخصية. وقانون خدمة الدفاع الوطني.

ويستخدم لفظ القانون كذلك للدلالة على مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نوعاً معيناً من الروابط، وتعتبر فرعاً من فروع القانون، فيقال القانون المدني للدلالة على مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات المالية بين الأفراد، والقانون التجاري للتعبير عن مجموع القواعد التي تحكم العلاقات التجارية أي العلاقات بين التجارة، وقانون العقوبات الذي يقصد به القواعد التي تحدد الجرائم وتعين العقوبات عليها.

وأخيراً فإن القانون كثيراً ما يقترن لفظ آخر وهو «الوضعي» للتعبير عن القواعد السائدة والمطبقة فعلاً في بلد معين، فيقال القانون الوضعي اللبناني للدلالة عن مجموعة القواعد القانونية المطبقة بالفعل في لبنان في الوقت الراهن، ونفس الحال بالنسبة للقانون الوضعي المصري.

القانون والحق:

إذا كان القانون Droit objectif هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع بأحكام ملزمة، فإنه يقيم النظام ويحقق الإستقرار من خلال إقامة التوازن بين مصالح الأفراد المتشابكة والمتعارضة، ويتم ذلك عن طريق تحديد المركز القانون لكل فرد وما يتضمنه ذلك المركز من حقوق وواجبات، فالمالك يقرر له القانون حق الملكية على ملكه ويفرض على الآخرين احترام حقه ويكفل له حمايته، ويخول القانون الدائن سلطة اقتضاء عمل معين من المدين.

وبذلك تتولد الحقوق عن القواعد القانونية، والصلة وثيقة بين القانون والحق، لأن الحق droit subjectif هو سلطة يمنحها القانون لشخص معين، ويكفل له حمايتها.

خطة الدراسة:

تقتضي دراسة النظرية العامة للقانون تناول مفهوم القانون ثم بيان مصادره، وتطبيقه، وعلى ذلك تنقسم الدراسة في هذا الجزء إلى:

الباب الأول: مفهوم القانون.

الباب الثاني: مصادر القانون:

الباب الثالث: تطبيق القانون.

الباب الأول
مفهوم القانون

يقتضي تحديد مفهوم القانون بيان خصائصه الجوهرية التي تميزه عن غيره من نظم وقواعد أخرى مشابهة، ثم توضيح جوهره، وغايته، وأخيراً التعرف على تقسيمات القانون وفروعه.

وعلى هذا نقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصول ثلاثة:

الفصل الأول: خصائص القانون.

الفصل الثاني: جوهر القانون وغايته.

الفصل الثالث: أقسام القانون وفروعه.



الفصل الأول

خصائص القانون

القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في الجماعة، وتعمل السلطة العامة على تطبيق هذه القواعد من خلال توقيع الجزاء على من يخالفها.

ومن هذا التعريف يمكن لنا إستخلاص أهم الخصائص التي تميز القاعدة القانونية Régle de droit وهي:

أولاً: قاعدة سلوك إجتماعي.

ثانياً: تتسم بالعمومية والتجريد.

ثالثاً: تكون مصحوبة بجزاء مادي.

ونعرض لتلك الخصائص في المباحث التالية على التوالي ثم ندرس الصلة بين القواعد القانونية وسائر القواعد الاجتماعية الأخرى.



المبحث الأول
القاعدة القانونية

تنظم القاعدة القانونية السلوك الخارجي للإنسان من جهة، وتفرض السلوك الواجب من جهة أخرى، وتتسم بالطابع الإجتماعي من جهة ثالثة.

(أ) القانون يوجه السلوك الخارجي للإنسان:

يقوم القانون بتنظيم سلوك الأفراد في الجماعة، فالقاعدة القانونية قاعدة سلوكية بمعنى أنها تنصب على الإهتمام بسلوك الإنسان أي بعمله الظاهر، ولا تهتم بالاعقتاد والنية والمشاعر والأحاسيس الداخلية أو النوايا.

فالقانون ظاهرة إجتماعية لا يهتم إلا بما يظهر في المجتمع من أفعال الجوارح أي بالسلوك الخارجي للإنسان أما الظواهر الداخلية أو ما يدور في الأعماق من مشاعر ونوايا وأحاسيس مثل الحقد والكراهية، فلا يهتم بها القانون إلا إذا كانت وراء تصرف خارجي كالسرقة أو القتل فهنا يعتد القانون بالنية كعامل تشديد أو تخفيف للعقوبة. وهذا ما يميز القانون عن الأخلاق والدين حيث يعتدان بالنوايا والمقاصد.

فمن يضمر الحقد والكراهية لشخص ما أو ينوي سرقته أو قتله، وظلت تلك الأحاسيس والنوايا كامنة بداخله دون أن تظهر إلى الحيز الخارجي بأي وسيلة من وسائل التعبير. فإن القانون لا يلقى إهتماماً بها، أما إذا قام هذا الشخص بإيذاء الشخص الآخر بدنياً أو مالياً فإن القانون يتدخل ليعاقبه على ما صدر منه سلوك محل تجريم.

ويهتم القانون أحياناً بالنوايا والبواعث الكامنة بالنفس إذا صاحبت السلوك الخارجي وكانت على صلة به، فعقوبة القاتل المتعمد تختلف عن عقوبة القتل الخطأ، ويلعب حسن أو سوء النية دوراً هاماً في ترتيب الآثار

القانونية في كثير من الحالات مثل مدى إعتبار الشخص الذي يحوز ملك الغير غاصباً أم حائزاً قانونياً، ومقدار التعويض الذي يحكم به القاضي في حالات المسئولية.

(ب) القانون يفرض السلوك الواجب:

تعتبر قوانين الطبيعة تقريرية أي تقتصر على تقرير وتحليل ما هو كائن أي ما يحدث بالفعل مثل قانون الجاذبية أو قانون غليان الماء بالتسخين، فقانون الطبيعة يعتبر قانون علمي يتضمن قواعد تقريرية تقرر الواقع كما هو دون أن تحاول إحداث أي تغيير فيه أو تأثير عليه، وهي تكشف عن العلاقة المطردة بين ظاهرتين إحداهما سبب والأخرى نتيجة له، ففي كل مرة يوجد السبب تتحقق النتيجة، فالماء يغلي إذا ارتفعت درجة حرارته.

أما قواعد القانون فتعتبر ذات طبيعة تقويمية، وذلك لأنها تنصب على سلوك الإنسان وتبين ما ينبغي أن يكون عليه هذا السلوك فهي تخاطب الإرادة بهدف تكليفها بالسلوك الواجب إتباعه. فالقانون يضع قواعد سلوك تقويمية أي تهتم بتوجيه سلوك الإنسان وجهة معينة وفق قيم ومثل عليا يستهدفها، ويتمثل ذلك في توجيه أمر أو تكليف للإرادة بأن يتطابق سلوكها على مقتضى الأمر الصادر إليها. وعندما يفرض القانون على الأفراد السلوك الواجب فإن ذلك يحمل معنى الإلزام والخضوع له، أي أنه يتضمن تكليفاً بالسلوك الواجب.

وهناك قواعد أخرى - غير القانون - تحكم سلوك الإنسان، مثل قواعد الأخلاق، والعادات والمجاملات، وقواعد الدين. فهذه القواعد تشترك مع القانون في أنها ذات طبيعة تقويمية، توجه سلوك الإنسان إلى ما ينبغي أن يكون عليه داخل الجماعة، ومن ثم فهي قواعد إجتماعية ترمي إلى إقامة النظام والاستقرار في المجتمع، إلا أن هناك بعض الفروق بين هذه القواعد وقواعد القانون سنعرض لها حالاً.

ويتضمن القانون في الغالب تكليفاً بالسلوك الواجب، ويتضمن أحياناً حكماً وضعياً. والحكم التكليفي قد يأمر الشخص بفعل معين كوجوب وفاء المدين بالدين عند حلول الأجل، وقد ينهاه عن عمل معين كوجوب امتناع البائع عن التعرض للمشتري بالنسبة للشيء المبيع، وقد يخيره بين القيام بالفعل أو تركه كحرية المالك في تحويط ملكه من عدمه.

أما الحكم الوضعي فيتضمن ترتيب أثر معين نتيجة لتحقق فرض معين، أي يجعل من أمر سبباً لأمر آخر، أو شرطاً له أو مانعاً منه، فالقرابة تكون سبباً للميراث، وموت المورث شرطاً لاستحقاق الميراث، وقتل الوارث للمورث يعد مانعاً من الإرث.

(ج) الطابع الإجتماعي للقاعدة القانونية:

القانون يرتبط بوجود الجماعة، فوجود الإنسان داخل المجتمع هو الذي يحتم ظهور القانون، حيث ينظم علاقة الفرد بغيره، ويوفق بين المصالح المتضاربة، ومن ثم فإن القانون لا يوجد إلا حيث يوجد مجتمع بشري. فالفرد الذي يوجد وحيداً كفرض نظري، لا يكون بحاجة إلى القانون حيث لا تكون له علاقات بالآخرين تستدعي التنظيم.

والقانون لا يوجد في أي مجتمع إنساني، بل يلزم أن نكون بصدد مجتمع سياسي منظم يفترض وجود سلطة عليا ذات سيادة، تعمل على فرض القانون وإحترام تطبيقه حتى يسود الأمن والاستقرار.

والمجتمع السياسي اللازم لوجود القانون ليس بالضرورة هو الدولة في شكلها الحديث، بل يتحقق ذلك في الأسرة البدائية والقبيلة أو العشيرة حيث توجد بها سلطة حاكمة تسيطر على أفرادها فالقانون هو وليد البيئة الإجتماعية كضرورة لتنظيمها، وهو في نفس الوقت تعبير صادق عن واقعها الإقتصادي والإجتماعي حيث يتفاعل مع هذا الواقع ويتطور بتطوره، لذا فالقانون يتغير من بيئة إلى أخرى ومن زمان لآخر بحسب إختلاف الظروف وتغيرها.

وكان من شأن إرتباط القانون بالمجتمع توثيق صلته بالعلوم الإجتماعية الأخرى، ويتفاعل مع تلك العلوم ويستفيد منها في مواجهة الظواهر المختلفة التي يرمي إلى تنظيمها، فالقانون عندما ينظم أداة الحكم يتصل بعلم السياسة، وهو يتصل بعلم الإقتصاد عند تنظيمه للروابط الإقتصادية، ويتصل بعلم النفس وعلم الإجتماع عند تحديد السلوك المجرم والجزاء المتفق مع نفسية المجرم وسلوكه. ويتصل بعلم التاريخ عند دراسة الأنظمة القانونية السابقة والاستفادة منها، وهو يستفيد أيضاً من علم الأخلاق كمنبع يستهدي منه قواعده.

المبحث الثاني
القاعدة القانونية عامة ومجردة

نعرض لصفة العمومية والتجريد ثم نبين نطاقها وعلاقتها بمرونة القاعدة القانونية.

المطلب الأول
مفهوم العمومية والتجريد

(أ) معنى العمومية والتجريد:

يقصد بالعمومية أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصاً معيناً بذاته بل هي توجه إلى الأفراد بصفاتهم، وهي لا تواجه فرضاً معيناً بالذات بل هي تحدد الشروط اللازم توافرها لتطبيقها. فالقانون يتضمن تكليفاً عاماً يتوجه إلى كل الأفراد لا إلى شخص بعينه، وينطبق على كل الوقائع التي تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها.

أما التجريدة فيعني أنه عند نشوء القاعدة القانونية لا تكون مرتبطة بشخص معين أو واقعة ذاتها، بل تطبق على جميع الأشخاص والوقائع التي تتوافر فيهم شروط وصفات معينة. فالقاعدة القانونية عامة Générale من حيث تطبيقها، ومجردة Obstaite من حيث نشوئها أي لا تنشأ لحالة معينة بالذات بل لكل الحالات المماثلة في المستقبل، لذا فالقانون يتسم بالدوام لأنه لا يطبق في الحال فقط بل يستمر ليطبق على كل الوقائع التي تطرأ في المستقبل.

فالقاعدة القانونية تتضمن عنصرين أولهما الفرض Hyprothèse والثاني الحكم Solution والفرض هو توافر حالة بشروط معينة أما الحكم

فهو الأثر الذي يترتب عليها. والمشرع عند وضعه للقاعدة القانونية يواجه فروضاً معينة ويضع لها أحكاماً دون نظر إلى حالة أو شخص بالذات وهذا ما يعبر عنه بالتجريد أما العمومية فتكون عند تطبيق القاعدة القانونية في العمل حيث يسري حكمها على كل من يتوافر الفرض في شأنه.

مثال ذلك القاعدة التي تقضي بأن كل فعل أو ترك غير مشروع إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بالتعويض عن هذا الضرر، فالفرض في هذه القاعدة هو حالة الشخص الذي يتسبب بخطئه في الأضرار بالغير، أما الحكم فيتمثل في الالتزام بتعويض المضرور. وهي قاعدة عامة ومجردة، فالتجريد يتصل بالفرض لأن المشرع، عند وضع القاعدة لم يربطها بشخص معين أو واقعة محددة بل واجه فرضاً مجرداً، والعموم يتصل بالحكم حيث ينطبق على كل من توافرت فيه شروط الفرض. فهذا الحكم وهو إلزام المخطئ بالتعويض لا ينصرف إلى شخص معين أو واقعة معينة، بل يطبق تطبيقاً عاماً على كل من يرتكب خطأ يترتب عليه ضرر.

أما الحكم الذي يتناول واقعة معينة أو يواجه شخصاً محدداً فإنه لا يعتبر قاعدة قانونية بل حكماً فردياً مخصصاً، كصدور قرار بترقية موظف معين أو بمنح الجنسية لشخص محدد، أو القرار الصادر بنزع أرض معينة للمنفعة العامة، فهنا نكون بصدد أمر أو مجرد قرار فردي. فالقرار يختلف عن القاعدة في أنه فردي كقرار فصل موظف أو الحكم القضائي الصادر بإثبات الملكية لشخص معين، فهذا القرار أو ذلك الحكم يطبق على حالة معينة دون غيرها وينتهي بمجرد تطبيقه، ولا يكون صالحاً للتطبيق في المستقبل على موظف آخر أو ملكية أخرى.

(ب) أساس العمومية والتجريد:

1 ـ يكمن أساس صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية في مبدأ سيادة القانون ومبدأ المساواة أمام القانون، فيسيادة القانون والمساواة أمام

أحكامه تقتضي عمومية قواعده وتجريدها أي تطبيقها على الجميع دون تفرقة أو تمييز أي أن يوجه التكليف إلى الأفراد بمعيار موضوعي لا شخصي.

ويقتضي تعميم القاعدة القانونية سريان حكمها على كل من الحكام والمحكومين حيث يحكم القانون كل إجراء أو تصرف تقوم به أي سلطة في الدولة، فالكل حاكماً ومحكوماً يخضع للقانون، فلا يمكن إعفاء شخص أو استثناء واقعة من الخضوع للقانون. فالمواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة. لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة فهذا المبدأ الذي تنص عليه دساتير الدول المتحضرة يؤكد بأن القواعد القانونية لا بدّ وأن تتسم بالعمومية والتجريد.

والشريعة الإسلامية الغراء تؤكد مبدأ سيادة القانون والمساواة أمامه من قبل الحكام والمحكومين، فالسلطة تخضع للقانون شأنها شأن المحكومين، فلا يجوز لها أن تتخذ إجراءات أو أفعال إلا انطلاقاً من القانون الأساسي الذي شرعه الله لعباده، «فمن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون».

2 ـ إن صفة العمومية والتجريد تجد أساسها أيضاً في تحقيق العدل، فالعدل يتطلب المساواة في معاملة المخاطبين بأحكام القانون دول تفرقة بينهم، وصفةالعمومية والتجريد التي تتصف بها القاعدة القانونية تجعلها محققة للعدل دون العدالة، فالعدل يقوم على المساواة المجردة الجامدة بين المواطنين دون الاعتداد بالظروف الخاصة بكل منهم، أما العدالة فتقوم على تحقيق المساواة الواقعية التي تأخذ في الحسبان الظروف الخاصة بكل حالة على حدة.

والقانون في سعيه إلى تحقيق الاستقرار في المجتمع لا بدّ وأن تتسم قواعده بالعمومية والتجريد حيث تصاغ طبقاً للوضع الغالب والمألوف دون الاعتداد بالظروف الخاصة الثانوية التي تختلف من حالة إلى أخرى. أي أن

القانون يعتد أساساً بتحقيق العدل عن طريق إقامة المساواة العامة بين الأفراد.

فقد يقتضي تحقيق العدل وضع سن موحدة للرشد بحسب الوضع الغالب، دون الاعتداد بالظروف الخاصة ببعض الحالات التي ينضج فيها الفرد مبكراً أو التي يتأخر فيها هذا النضج، أي أننا نكون بصدد قاعدة عامة مجردة، أما تحقيق العدالة فيتطلب المساواة الفعلية حيث يؤخذ في الحسبان درجة نضجكل حالة على حدة وتقرير سن الرشد لها، ومن ثم لن نكون بصدد قاعدة عامة مجردة، بل قرارات فردية، من شأنها عدم تحقيق الاستقرار والنظام في المجتمع نظراً لما يمكن أن يترتب على ذلك من فوضى وتفاوت في الأحكام وتفرقة في المراكز القانونية.

3 ـ وترتبط صفة العمومية والتجريد كذلك باعتبارات عملية مرجعها استحالة صدور قرارات خاصة تواجه كل حالة على حدة وتطبق على كل فرد بذاته، لذا فإن المشرع يضع القواعد القانونية ذات طبيعة عامة ومجردة لتطبق على كل الأفراد والحالات دون تفرقة.

المطلب الثاني
نطاق العمومية والتجريد

يتحدد نطاق عمومية القاعدة القانونية من خلال تعميم سريانها من حيث الأشخاص ومن حيث الزمان والمكان.

(أ) العمومية من حيث الأشخاص:

تنطبق القاعدة القانونية على كل من تتوافر في شأنه شروط تطبيقها أي كل من يتوافر في حقه الفرض المجرد مناط تطبيق الحكم، وليس معنى ذلك أن القاعدة تطبق على كل الناس بل تنطبق فقط على كل من يحمل الصفة التي حددتها.

فالقانون يمكن أن ينصرف إلى فئة محدودة من الناس دون أن يؤثر ذلك على صفته كقواعد عامة مجردة، فقانون السلطة القضائية يسري على طائفة معينة من الأشخاص هم رجال القضاء، وهو لا يسري عليهم بذواتهم أو بأسمائهم بل يطبق على كل من تتوافر فيه صفة معينة حالياً أو مستقبلاً، وكذلك الحال بالنسبة لقانون تنظيم الجامعات الذي يخاطب فئة من الأشخاص (أعضاء هيئة التدريس والعاملون والطلاب) معينة بصفاتها وليس بذواتها.

فالعبرة ليست بعدد من يتوجه إليهم خطاب القاعدة القانونية وإنما بصفتهم، فالقاعدة التي تنظم مركز رئيس الدولة أو رئيس الوزراء تتوجه إلى شخص واحد ورغم ذلك تظل قاعدة عامة مجرد لأنها لا تتوجه إلى شخص معين باسمه أو بذاته وإنما تتوجه إلى صفته.

(ب) العمومية من حيث الزمان:

مؤدي صفتي العموم والتجريد اللتان تتصف بهما القاعدة القانونية أنها تكتسب صفة الدوام، فهي لا تستنفذ غرضها بمجرد تطبيقها على شخص معين أو واقعة محددة بل تستمر لتطبق على كل الفروض المماثلة في المستقبل.

ولا يعني ذلك أن القانون يظل مطبقاً إلى الأبد، فالقانون يوجب لمواجهة واقع وظروف معينة، فإذا تغير هذا الواقع وتلك الظروف، فإن القانون يتغير بدوره حتى يتلائم مع الوضع الجديد، ومن ثم يتم إلغاء القوانين القائمة لأنها لم تعد ملائمة ويصدر المشرع قوانين جديدة تساير الظروف المستجدة.

فمرونة القانون تتطلب قابليته للتعديل بصفة مستمرة حتى يتلائم مع الظروف والوقائع المتغيرة، بل أن هناك بعض القوانين التي تصدر ويكون من المعروف مقدماً أنها تسري لفترة محدودة مرتبطة بظروف وقتية معينة مثل التشريعات التي تحدد التسعيرة الجبرية لبعض السلع في أثناء الأزمات

الإقتصادية، فهذه التشريعات تتضمن قواعد عامة مجردة بالرغم من أنها تسري لفترة زمنية معينة.

(جـ) العمومية من حيث المكان:

الدولة وحدة سياسية تتمتع بالسيادة على إقليمها، وتبدو هذه السيادة من خلال وجود سلطة عليا تسيطر على مقاليد الأمور فيها من خلال صياغة نظام قانوني متكامل يخضع له الحكام والمحكومين، فالقانون مظهر من مظاهر سيادة الدولة التي تنبسط على كل إقليمها، ومن ثم فهو يطبق على كل بقعة من هذا الإقليم تأكيداً لهذه السيادة وهذا ما يعبر عنه بمبدأ إقليمية القوانين.

إلا أن هذا المبدأ يرد عليه عدة إستثناءات:

1 ـ تطبق القواعد الوطنية في بعض الأحيان خارج حدود إقليم الدولة، فمثلاً تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بتطبيق قانون الأحوال الشخصية على الوطنيين الموجودين في الدول الأجنبية، كما تطبق بعض قواعد قانون العقوبات على الأفعال التي ترتكب في الخارج وتشكل جرائم لمساسها بنظام وسلامة الدولة.

2 ـ يعتبر العرف من المصادر الرسمية للقانون، ومن ثم فإن تطبيق العرف في بعض الحالات قد يؤدي إلى إختلاف القانون المطبق في أجزاء الدولة الواحدة بسبب إختلاف العرف بإختلاف المناطق.

3 ـ يمكن أن يمتد نطاق القانون إلى خارج إقليم الدولة ليطبق على مجموعة من الدول، كما هو الحال بالنسبة لإتحاد الدول الأوروبية حيث توجد الكثير من القواعد القانونية المشتركة بينها، وكذلك الحال بالنسبة لبعض القواعد القانونية التي تضعها الدول المشتركة في معاهدة دولية بصدد موضوع معين، مثل المعاهدات التي تحدد مسئولية الناقل الجوي أو الناقل البحري.

المطلب الثالث

العمومية والتجريد ومرونة القاعدة القانونية

تنقسم قواعد القانون إلى قواعد جامدة Rigide، لا توجد سلطة تقديرية في تطبيقها، وأخرى مرنة Souple تخول سلطة تقديرية لمن يقوم بتطبيقها على الحالات الخاصة. ومن أمثلة القواعد الجامدة القاعدة التي تحدد سن الرشد والقاعدة التي تحدد ميعاد الطعن في الحكم القضائي.

وهناك الكثير من القواعد المرنة مثل قواعد القانون الجنائي التي تحدد العقوبة بين حد أعلى وحد أدنى من الحبس أو السجن أو الغرامة حيث يختار القاضي بسلطته التقديرية أكثر العقوبات ملاءمة لظروف الدعوى وحالة الجاني.

وكثير من قواعد القانون المدني أيضاً تتسم بالمرونة مثل معيار التعسفي إستعمال الحق، والغلو في إستعمال حق الملكية، ومضار الجوار غير المألوفة، ونظرية الظروف الإستثنائية التي تخول القاضي سلطة تعديل العقد على نحو يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ولا شك أن القاعدة الجامدة تتميز بسهولة تطبيقها وما تؤدي إليه من تحقيق العدل Justice بسبب المساواة المطلقة بين المخاطبين بها، وتحقيق الاستقرا في المعاملات، إلا أنها لا تحقق العدالة Équite التي تتميز بها القاعدة المرنة حيث تتوائم مع الظروف الواقعية الخاصة لكل حالة على حدة.

ومرونة القاعدة القانونية وإن كان من شأنه منح سلطة تقديرية للقائمين على تطبيقها وما قد يستتبع ذلك من التحكم في هذه القواعد، إلا أن ذلك لا يتعارض مع صفة العمومية والتجريد التي تتصف بها القاعدة القانونية، فالمعيار المرن الذي يستخدم في تطبيق القاعدة لا ينصرف إلى شخص بذاته أو واقعة بذاتها، بل يطبق على كل الوقائع أو الأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط أعمال هذه القاعدة، فهو معيار عام مجرد.

وينبغي ملاحظة أن السلطة التقديرية التي يباشرها القائم على تطبيق القاعدة المرنة تخضع لمبدأ الشرعية أي مبدأ سيادة القانون، لأن هذه السلطة لا يباشرها الشخص من ذاته بل يستمدها من القانون، ويمارسها طبقاً للحدود التي تخولها له القاعدة القانونية.

المبحث الثالث

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

Obligatoire

تعرض لإلزام القاعدة القانونية ثم نبين خصائص الجزاء فأنواعه.

المطلب الأول

الإلزام والجزاء في القاعدة القانونية

يهدف القانون إلى تنظيم الروابط وإقامة النظام والاستقرار في المجتمع، ويجب أن تكون لدى القانون وسائل الإلزام التي تحمل الأفراد على احترام تطبيقه، ولا يتصور تحقيق القانون لغايته إذا اقتصرت قواعده على إسداء النصح الإرشاد. ويتحقق الإلزام إذا اقترنت القاعدة القانونية بجزاء يوقع على الشخص الذي يخالف الأمر الوارد بها، ومن هنا كان الإلزام أو القهر أو الجزاء عنصراً أساسياً في القاعدة القانونية، ويتم الجزاء عن طريق الإجبار أو القهر العام الذي تباشره السلطة العامة في المجتمع، فهذه السلطة هي التي تكفل إحترام القانون بوسائل القهر التي تملكها.

ووجود الجزاء Sanction بالقاعدة القانونية لا يعني بالضرورة أن تطبيقها يكون دائماً بالقوة، بل أن طاعة القانون تتم في أغلب الأحوال تلقائياً لأسباب خلقية أو لوازع من ضمير المواطن، دون حاجة لإجباره على ذلك، أو خوفاً من الجزاء الذي يترتب على مخالفته، فالتلويح بالجزاء يكفل طاعة القانون، لذلك فإن الالتجاء إلى الجزاء يعد أمراً استثنائياً.

يؤدي الجزاء إلى إحترام القانون من خلال قيامه بوظيفتين، الأولى علاجية والأخرى وقائية، فبالنسبة للدور العلاجي يتمثل في توقيع العقاب

على من يخالف القانون على نحو يؤدي إلى إزالة المخالفة أو محو آثارها، كما في حالة إبطال العقد المخالف للقانون أو إلزام المخطئ بتعويض المضرور عما أصابه من أضرار، أما عن الدور الوقائي فيتمثل في زجر الأفراد وحملهم على احترام القانون خوفاً من توقيع الجزاء عليهم عند مخالفته. فالمدين يقوم بالوفاء بالدين مختاراً تفادياً للحجز على أمواله وبيعها جبراً عنه.

ولا شك أن عدالة القانون، وواقعيته أي ملائمته للظروف الإقتصادية والإجتماعية للبيئة، وتوافقه مع قيم الجماعة وديانتها من شأنه أن يجد صدى طيباً لدى المواطنين حيث يتوافر لديهم الوعي بطاعته والعمل على إحترامه، وذلك هو معيار النجاح التشريعي أي مدى توفيق المشرع في صياغة القواعد القانونية التي تعكس واقع الأفراد وتتجاوب معه. أما إن كان تطبيق القانون لا يتم إلا من خلال القهر والالزام فإن ذلك دليل على عدم قناعة الأفراد به لعدم ملائمته لظروف المجتمع وإحتياجاته وبالتالي فشله.

فالهدف من وجود القانون يقتضي تطبيقه وكفالة إحترامه، هذا الإحترام يتم في غالب الأحوال تلقائياً، أي يقوم الأفراد بالتصرف طبقاً للحكم القانوني من تلقاء أنفسهم اقتناعاً منهم بالصفة الملزمة للقانون لأنه يتفق وظروفهم الإجتماعية والإقتصادية وعاداتهم، ويكمن لديهم الدافع الوطني في مثالية القانون وضرورته لاستقرار وأمن المجتمع، وكلما كانت القاعدة القانونية متفقة مع ظروف وحاجيات الجماعة زادت فرص تطبيقها وإحترامها وإستجابة الأفراد لها تلقائياً، أما في غير ذلك فإن الخضوع الإجباري هو السبيل لتطبيق القانون، وهذا يعد في ذاته دليلاً على تعيب القاعدة القانونية.

المطلب الثاني

خصائص الجزاء

الجزاء كأثر لمخالفة القاعدة القانونية، يقصد به الضغط على إرادة الأفراد للإمتثال لأوامر القانون ونواهيه وأحكامه، وذلك من خلال إستخدام القوة المادية التي تملكا الدولة لمنع مخالفة القاعدة أو لمحو آثار المخالفة أو للانتقام من مخالفتها.

والجزاء بهذا المعنى يتميز بعدة خصائص تمكنه من تحقيق دوره في كفالة أداء القانون لوظيفته، وهذه الخصائص هي أنه حال، مادي، توقعه السلطة العامة.

1 ـ يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بأنه جزاء حال غير مؤجل يطبق بمجرد وقوع المخالفة. فالجزاء هنا غير مؤجل للحياة الآخرة كما هو الحال بالنسبة للكثير من الجزاءات الدينية.

ولا شك أن سرعة توقيع الجزاء وفوريته من شأنه أن يزيد فعالية وإحترام تطبيق القانون، فالعدالة السريعة تلعب دوراً هاماً في تحقيق الردع المطلوب، ودعم الاستقرار في الجماعة. أما البطء في توقيع الجزاء فمن شأنه زعزعة الثقة في القانون والمبالاة في أعمال حكمه.

فمن شأن شرعة توقيع الجزاء على كل من القاتل أو السارق أو المدين المماطل في سداد دينه، حث الناس على الالتزام بالقانون وزيادة هيبته في نفوسهم.

2 ـ يتميز الجزاء كذلك بأنه مادي محسوس له مظهر خارجي، وليس مجرد جزاء معنوي كتأنيب الضمير أو استنكار الجماعة كما هو الحال بالنسبة للأخلاق والعادات والتقاليد.

والجزاء المادي قد يوقع على شخص الإنسان بأن يمس حريته

كالحبس، أو على ماله كالغرامة والالتزام بالتعويض أو تؤثر على مستقبله الوظيفي كما في حالة الجزاءات التأديبية.

3 ـ ويتميز جزاء القاعدة القانونية بأنه منظم بصورة وضعية تتولى السلطة العامة توقيعه بإسم الجماعة.

فالدولة تتولى تحديد وتنظيم الجزاء وبيان الهيئات التي تختص بتوقيعه عند مخالفة كل قاعدة حتى يتوافر اليقين في تطبيق الجزاء الذي يتناسب مع جسامة المخالفة.

مؤدي هذا أن الجزاء في تنظيمه وتطبيقه لا يكون إلا عاماً، فلا يجوز أن يستقل الأفراد أنفسهم بتوقيعه بحجة تنفيذ القانون وحماية مصالحهم الخاصة. فالجوهري في الجزاء أن تثبت سلطة توقيعه للجماعة وحدها أي أنه من إختصاص السلطة العامة، وقد ثبت هذا الإختصاص بعد ظهور الدولة الحديثة وتنظيمها، حيث ساد نظام القضاء الخاص في الجماعات البدائية وتولي الأفراد القصاص لأنفسهم واقتضاء حقوقهم بوسائلهم الخاصة، مما أدى إلى ضياع حقوق الضعفاء وشيوع الفوضى وعدم الاستقرار.

إلا أنه لا زالت هناك بعض الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها للأفراد، في المجتمعات الحديثة، الدفاع عن حقوقهم أو مصالحهم بأنفسهم، ويجوز للشخص أن يستخدم القوة المادية والإقتصادية لحماية الحقوق التي يقررها له القانون. مثال ذلك حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال ضد الاعتداء عند تعذر الالتجاء إلى حماية السلطة العامة. ومن ذلك أيضاً الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ، حيث يجوز لكل من التزم بتسليم شيء أن يمتنع عن تسليمه في حالة عدم قيام الطرف الآخر (الدائن) بالوفاء بالالتزام المترتب عليه والمرتبط به. فيجوز للبائع حبس المبيع حتى يقوم المشتري بالوفاء بالثمن.

المطلب الثالث

أنواع الجزاء

يتمثل الجزاء في الإجراءات التي تتخذها الجماعة عند حدوث مخالفة القاعدة القانونية، لإزالة آثار المخالفة أو التعويض عنها أو الانتقام من المخالف. وتختلف صور الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية من قاعدة إلى أخرى بحسب مضمونها وطبيعتها.

فالجزاء يمكن أن يكون ذات طبيعة إصلاحية لأنه يهدف إلى إصلاح Réperation الضرر الناشئ عن مخالفة آثار القاعدة القانونية، وذلك سواء برد الشيء إلى أصله كرد المسروقات إلى صاحبها، أو بدفع تعويض للمضرور عن الضرر الذي أصابه، كتعويض المصاب بسبب خطأ سائق السيارة.

ويمكن أن يأخذ الجزاء شكل العقوبة Peine للانتقام ممن يخالف القاعدة الجنائية على نحو يشكل مساساً بسلامة وأمن المجتمع، وردع أي شخص عن التفكير في إرتكاب الجريمة، بل يمكن أن يجمع الجزاء بين الإصلاح والعقوبة في نفس الوقت. فالقاتل توقع عليه العقوبة الجنائية ويلتزم بتعويض الأضرار التي تلحق أهل القتيل بسبب فعله.

ويمكن القول بصفة عامة أن الجزاء القانوني له عدة صور تختلف بحسب طبيعة ونوع القاعدة القانونية التي خولفت، فهناك الجزاءات المدنية والجنائية والإدارية والمالية والدولية.

أ ـ الجزاء المدني:

وهو الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة قاعدة من قواعد القانون الخاص تحمي مصلحة خاصة أو حق خاص بفرد من الأفراد، وهو يأخذ عدة صور:

1 ـ صورة الجزاء المباشر أو التنفيذ العيني، أي إلزام الفرد بتنفيذ ما لم يقم بتنفيذه مختاراً، كالحكم بطرد المستأجر بعد انتهاء مدة الإيجار من العين المؤجرة، أو إلزام البائع بتسليم الشيء المبيع، والحجز على أموال المدين وبيعها بالمزاد حتى يستوفي الدائن حقه من ثمنها، وإلزام المقاول بتنفيذ الأعمال التي اتفق مع صاحب العمل على إتمامها، وإلزام المورد بتوريد الأشياء المتفق على توريدها.

2 ـ محو أثر المخالفة أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة، وذلك كالحكم بإزالة الحائط أو المباني المقامة في ملك الجار، وهذه هي الإزالة المادية. وقد تكون الإزالة القانونية، كالحكم ببطلان العقد المخالف للنظام العام كما لو تم تأجير مسكن للعب القمار. والحكم ببطلان التصرف المبرم تحت تأثير الإكراه أو الاستغلال. والقضاء بفسخ العقد الذي لم يقم أحد أطرافه بتنفيذ التزاماته.

3 ـ التعويض في الحالات التي يستحصل فيها التنفيذ العيني أو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة، فالتعويض Indemnisation يعتبر جزاء غير مباشر. ويتمثل في الحكم بدفع مبلغ نقدي بهدف إصلاح الضرر الذي أصاب الغير بسبب مخالفة القانون، سواء تمثلت المخالفة في ارتكاب خطأ أو عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو التأخير في هذا التنفيذ.

فمن يصاب في حادثة بعاهة مستديمة يحكم له بتعويض من المتسبب في الضرر لأنه يصعب محو أثر الحادث. ويلتزم المقاول الذي يتأخر في تنفيذ العمل بتعويض صاحب العمل عن الأضرار التي تلحقه بسبب هذا التأخير.

ويمكن أن يجتمع التعويض مع الحكم بالتنفيذ العيني، كما في حالة إلزام المغتصب برد الشيء إلى مالكه مع إلزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت المالك بسبب غصب ماله بما في ذلك حرمانه من الانتفاع به مدة الغصب.

ب ـ الجزاء الجنائي:

ويقوم على أساس حماية حق المجتمع في السكينة والأمن والاستقرار، فهو نوع من الدفاع الإجتماعي يباشره المجتمع ضد من يرتكب جريمة أي يأتي فعلاً من شأنه المساس بالنظام الاجتماعي وأمنه. فهو يفرض لاعتبارات المصلحة العامة والنظام العام. ويتفاوت في القوة بحسب أهمية المصلحة وتعلقها بكيان المجتمع.

ويلعب الجزاء الجنائي دوراً هاماً في إجبار الأفراد على إحترام القانون، سواء من خلال تأديب المخالف أو ردع وزجر الآخرين، أي أن الجزاء يؤدي دوراً وقائياً وتأديبياً في نفس الوقت.

والجزاء الجنائي يعتبر أقصى أنواع الجزاء، إذ يتمثل في العقوبات التي يقررها القانون للجرائم المختلفة. وتقدر شدة العقوبة حسب درجة خطورة الفعل الإجرامي ومدى مساسه بالمصلحة العامة. تنقسم الجرائم من حيث الخطورة إلى جنايات وجنح ومخالفات، وتتدرج عقوباتها من الإعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إلى السجن ثم الحبس، وقد تكون العقوبة مالية كالغرامة هذا إلى جانب العقوبات التبعية كمصادرة المال موضوع الجريمة والفصل من الوظيفة وتحديد الإقامة.

وقد يجتمع الجزاء الجنائي والجزاء المدني في نفس الحالة، فمن يقتل شخصاً عمداً مع سبق الإصرار والترصد يعاقب بالإعدام، ويلتزم فوق ذلك بدفع مبلغ من المال لورثة القتيل تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية التي أصابتهم من جراء الفعل، فالعقوبة الجنائية توقع على المخالف لأن فعله يعد جريمة لمساسه بالأمة وأمن المجتمع، وتتولى النيابة العامة كممثلة للمجتمع سلطة توجيه الاتهام وطلب معاقبة الجاني من خلال الدعوى الجنائية. أما الجزاء المتمثل في طلب التعويض فيطالب به المضرور أو المجني عليه من المتعدي عن الأضرار المترتبة على الجريمة وذلك عن طريق الدعوى المدنية.

جـ ـ الجزاء التأديبي Repressive:

وهو الجزاء الذي يوقع على من يخل بالقواعد التي تفرضها وظيفته أو مهنته، مثال ذلك الموظف الذي يتسبفي إتلاف مستندات هامة متعلقة بعمله، أو يهمل في أداء عمله الوظيفي.

وتتفاوت الجزاءات التأديبية بحسب جسامة المخالفة الوظيفية، فهي قد تكون لفت النظر أو الإنذار أو اللوم أو الحرمان من العلاوة أو تأخير الترقية أو الخصم من المرتب أو الوقف عن العمل أو الفصل من الخدمة.

وتوقع الجزاءات التأديبية كذلك على من يخل بواجبات مهنته، كالمحامي أو الطبيب الذي يفشي أسرار المهنة، فتوقع عليه نقابة المحامين أو نقابة الأطباء جزاءات معينة كشطبه من جدول النقابة أو حرمانه من بعض المزايا التي تقررها لأعضائها.

وقد يجتمع الجزاء التأديبي مع الجزاء المدني أو الجنائي، فالموظف الذي يختلس أموال الوظيفة يتعرض لعقوبة تأديبية ويوقع عليه الجزاء الجنائي.

د ـ أنواع أخرى من الجزاء:

هناك أنواع أخرى من الجزاءات ترتبط بأنواع مختلفة من القواعد القانونية.

1 ـ وذلك كالجزاءات الإدارية التي توقعها الجهات الإدارية في حالة مخالفة بعض القواعد القانونية التي تتعلق بالسكينة والصحة العامة، كغلق المحال التجارية والصناعية، والإزالة، وسحب رخصة القيادة وحظر ممارسة مهنة معينة.

2 ـ والجزاءات المالية التي توقع في حالة مخالفة قواعد القانون المالي مثل مضاعفة الرسوم الجمركية، والغرامات الضريبية، والمصادرة.

3 ـ والجزاءات السياسية الخاصة بمخالفة قواعد القانون الدستوري كتحريك المسئولية الوزارية، أو توجيه الاستجواب للوزراء، وحل المجلس التشريعي من قبل رئيس الدولة.

4 ـ وأخيراً فهناك الجزاءات الدولية التي ترتبط بقواعد القانون الدولي، وتتمثل في المقاطعة الدبلوماسية، والإقتصادية، والحصار الإقتصادي، وقطع المواصلات، ووقف عضوية الدولة في المنظمة الدولية والتدخل العسكري.

المبحث الرابع
القاعدة القانونية وقواعد السلوك الإجتماعي الأخرى

إن القواعد القانونية ليست وحدها التي تنظم الحياة في المجتمع من خلال ضبط السلوك الإنساني، بل أن هناك قواعد أخرى أسبق في الوجود، تنظم هذا السلوك، وتعد بالتالي ذات طبيعة تقويمية، وتتمثل في العادات والمجاملات، الأخلاق، الدين.

المطلب الأول
العادات والمجاملات والتقاليد

توجد في كل مجتمع بعض قواعد السلوك التي يجري الناس على اتباعها في علاقاتهم وصلاتهم اليومية ومظهرهم وتقاليدهم المهنية، مثل قواعد المجاملات التي تتعلق بتبادل التهاني والعزاء في المناسبات، وعادات الملبس والمأكل وتبادل التحية عند اللقاء.

تلعب هذه العادات دوراً هاماً في ضبط وتوجيه سلوك الناس في الجماعة، ومن ثم فإنها تشترك مع القانون في أنها قواعد سلوك تقويمية، تنشأ من اعتياد الناس عليها وشعورهم بأنهم ترمز إلى قيم اجتماعية يحرصون عليها، ويستنكرون من يخرج عنها.

إلا أنه يوجد فارق هام بين القانون وكل من العادات والتقاليد والمجاملات، يتمثل أساساً في طبيعة الجزاء التي يترتب على مخالفة كل منهما. إذ بينما تكون القاعدة القانونية مصحوبة بجزاء مادي ملموس وحال، يكون الجزاء في العادات الإجتماعية معنوياً يقتصر على مجرد استنكار واستهجان الجماعة للسلوك المخالف.

وينبغي ملاحظة أن تكون تلك العادات ورسوخها في عقيدة الناس بسبب تغير النظرة إلى القيم التي تحققها، والاعتقاد بلزومها لإقامة نظام المجتمع وحفظ كيانه شأنها شأن القواعد القانونية تماماً، يؤدي إلى تحولها إلى قواعد قانونية أما لأنها تصبح عرفاً ملزماً، كما حدث بالنسبة لقواعد معاملة السلك السياسي التي أصبحت قواعد قانونية عرفية بعد أن كانت في الأصل قواعد مجاملات دولية، وأما بتدخل القانون والنص عيها في صورة قواعد قانونية معينة. فمن المتصور قيام المشرع بفرض أي وطني معين أو نظام محدد للتغذية، والنص على ترك مقاعد المواصلات العامة للعجزة والمسنين.

المطلب الثاني

القواعد الأخلاقية

يقصد بالأخلاق مجموعة المبادئ والأفكار التي تستقر في ضمير الجماعة كحصيلة لتراثها وتاريخها ومعتقداتها الدينية، وما ينطوي عليه ذلك من أفكار سياسية وإجتماعية وإقتصادية، وهي قواعد سلوك إجتماعي ترمي إلى تنظيم علاقات الإنسان والارتقاء به نحو الخير والمثل العليا.

وتشترك قواعد الأخلاق مع القواعد القانونية في أن كلاهما قواعد سلوك تقويمية، تهدف إلى تنظيم العلاقات بين أفراد الجماعة على نحو يحقق الأمن والاستقرار فيها، إلا أن هناك أكثر من فارق في هذا المجال بين كل منهما:

1 ـ من حيث الغاية: تهدف الأخلاق إلى تحقيق قيم شخصية معينة تسعى بالإنسان نحو السمو والكمال، أما القانون فيرمي إلى تحقيق قيم إجتماعية تهدف إلى إقامة نظام إجتماعي مستقر. فالقانون عندما يجرم القتل ويعاقب عليه فهو يرمي من وراء ذلك إلى حفظ النظام والاستقرار في الجماعة أي حفظ كيان المجتمع، أما الأخلاق فتنظر إلى القتل على أنه انحدار

بالنفس البشرية إلى عالم الرذيلة والشر، ومن ثم يجب السمو بهذه النفس والارتقاء بها نحو الكمال.

فغاية الأخلاق أكثر طموحاً من غاية القانون، إذ بينما يكتفي الأخير بالحفاظ على كيان الجماعة واستقرارها، تهفو الأخلاق إلى تحقيق صورة مثالية للفرد والمجتمع تقوم على التعاطف والخير والفضيلة والسمو بالنفس البشرية إلى الرقي والكمال. فالقانون أكثر واقعية من الأخلاق، لأنه يخاطب الإنسان بطبيعته التي تنطوي على الخير والشر، ويعالج المشاكل الإجتماعية والإقتصادية التي تهدد النظام والإستقرار في الجماعة.

2 ـ من حيث التحديد: أن القواعد القانونية أكثر تحديداً وانضباطاً من الأخلاق التي تنبع من ضمير الجماعة وقيمها وتكمن في موجهات ومبادئ عامة غير محددة، ومؤدي ذلك أنها لا تقتصر على الاهتمام بالسلوك الخارجي للإنسان، بل تسعى إلى الرقي بأحاسيسه ونواياه الباطنة وضميره، لذا فهي تهتم بالدرجة الأولي بتحديد واجبات الإنسان وما ينبغي أن يلتزم به تحقيقاً للكمال والسمو.

أما قواعد القانون فتكون محددة ومنضبطة لأنها تصدر في صورة نصوص من السلطة المختصة، وتعالج السلوك الخارجي للإنسان وما قد يصحبه من نوايا معينة، وهي تبين للإنسان ماله من حقوق وما عليه من واجبات، فالقانون يوجب على المدين الوفاء بالدين، ويعطي الدائن الحق في اقتضاء هذا الدين، بينما الأخلاق تكتفي بتقرير واجب الإحسان على القادرين دون أن تقرر للفقراء حقاً في اقتضاء هذا العون.

3 ـ من حيث النطاق: يترتب على اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق، اختلافهما في النطاق، فهناك مجالات مشتركة بين القانون والأخلاق كتحريم القتل وكافة صور الإيذاء البدني والأدبي، والسرقةوالوفاء بالالتزامات التعاقدية، رلا أن هناك مسائل يدخلها القانون في إعتباره لا شأن للأخلاق بها حيث لا تعرض مشكلة الضمير مثل تنظيم قواعد المرور، واشتراط

أشكال معينة (كالشهر أو التوثيق) لصحة بعض التصرفات، وتحديد طرق ومواعيد الطعن في الأحكام. والعكس صحيح، حيث تقيم الأخلاق وزناً لبعض المسائل - التي لا يوليها القانون إهتماماً - مثل المروءة والشهامة وعدم النفاق وفعل الخيرات.

بل أن القانون في بعض الأحيان، رغبة منه في تحقيق الاستقرار والنظام في المجتمع ومراعاة الأسس الاقتصادية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي، يتضمن بعض القواعد التي تتعارض مع الأخلاق مثل إباحة الفوائد في البنوك وبين التجار في الوقت الذي تحرم الأخلاق هذه الفوائد بوصفها معاملات ربوية. ويقر القانون تملك مال الغير بالتقادم المكسب بشروط معينة، بينما تحظر الأخلاق ذلك.

4 - من حيث الجزاء: الجزاء في القاعدة القانونية هو جزاء مادي حسي حال توقعه السلطة العامة على من يخالف هذه القاعدة، أما الجزاء في القاعدة الأخلاقية فهو جزاء معنوي ينحصر في مجرد استنكار واستهجان الجماعة للسلوك المخالف أو مجرد تأنيب الضمير وازدراء المجتمع. فالقاعدة القانونية تكون مصحوبة بإكراه إجتماعي يفرض احترامها كالحبس والغرامة والتنفيذ الجبري على أموال المدين الذي يتخلف عن سداد الدين، أما القاعدة الخلقية فيتسم الجزاء فيها بالطابع الفردي النابع من ضمير الإنسان وشعوره.

تأثر القانون بالأخلاق:

يتأثر القانون في كثير من الحالات بالأخلاق حيث تعتبر المنبع الذي يشتق منه الكثير من القواعد القانونية الرامية إلى تحقيق العدل، وكلما تقدم المجتمع فإن تأثر القانون بالأخلاق يزداد اتساعاً حيث يتبنى المشرع العديد من قواعد الأخلاق رغبة منه في الرقي بالجماعة نحو الكمال.

فهناك الكثير من قواعد القانون ذات طابع أخلاقي مثل وجوب الوفاء بالعهد، وتحريم السرقة والقتل، بل أن العديد من قواعد الأخلاق أصبحت

قواعد قانونية مثل وجوب عدم غلو المالك (تعسفه) في استعمال ملكه على نحو يضر بالآخرين، وحظر احتكار السلع الغذائية والتغالي في أسعارها، والتزام من يخطئ بتعويض المضرور بسبب هذا الخطأ.

وينبغي ملاحظة أن الأخلاق وإن كانت دائمة التأثير في القانون بغية تحقيق العدالة، إلا أنه يجب عدم المبالغة في فهم هذا التأثر، لأن القانون له غايات أخرى أكثر واقعية، ومن ثم فإن هناك عوامل إضافية غير الأخلاق تدخل في تكوينه مثل الفلسفة السياسية والاجتماعية والظروف الاقتصادية المهيمنة على الجماعة، واعتبارات الأمن والاستقرار، فاختلاف الغاية بين القانون والأخلاق يؤدي إلى تفاوت النطاق والأسلوب بينهما في الكثير من الحالات.

المطلب الثالث
القواعد الدينية

الدين هو مجموعة الأحكام التي يفرضها الله سبحانه وتعالى على عباده تحقيقاً لخيرهم في الدنيا والآخرة. وتتضمن هذه الأحكام قواعد العبادات التي تتعلق بالصلة بين العبد وربه، وقواعد المعاملات التي تحكم العلاقات بين الناس.

فالعبادات كالصلاة والصوم ترمي إلى تهذيب النفس وإبعاد الإنسان عن الرزيلة والسمو به نحو الكمال والفضيلة ومن شأن ذلك إصلاح الفرد والجماعة.

أما قواعد المعاملات فتتضمن الأحكام الخاصة بالتعامل بين الأفراد كالوفاء بالعهود، وتحريم الربا وعدم قتل النفس إلا بالحق، وعدم أكل أموال الناس بالباطل، وتنظيم الأسرة والميراث إلى غير ذلك من أسس وضوابط.

ويشترك هذا النوع من القواعد مع القانون في أن كل منهما يتعلق بسلوك الانسان وتقويمه، إلا أن هناك أكثر من وجه اختلاف بينهما.

1 - الدين أوسع نطاقاً من القانون لأنه يهتم بالمثاليات والمعتقدات والحرص على نظافة النفس البشرية وسموها، أما القانون فيقتصر على القدر اللازم لحفظ النظام في الجماعة واستقرار التعامل فيها، فغاية القانون نفعية واقعية. فالدين يحرم الكذب بجميع صوره بينما يقتصر القانون على تحريم صور معينة منه فقط مثل الشهادة الزور أو التزوير.

2 - الدين يهتم بالنوايا والمقاصد، فالأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى، أما القانون فيهتم بالسلوك الخارجي فقط ويحاسب عليه ولا يعتد بالنوايا في ذاتها، إلا إذا ظهرت إلى حيز الوجود في شكل سلوك ظاهر يرتب آثار قانونية معينة.

3 - الجزاء على مخالفة القاعدة الدينية غالباً ما يكون جزاءاً دينياً مؤجلاً إلى الحياة الآخرة، مثل ذلك جزاء القاعدة التي تفرض الصوم أو الصلاة أو تحرم الربا. أما الجزاء في القاعدة القانونية فيكون جزاءاً مادياً وحالاً توقعه السلطة العامة على من يخالفها.

إلا أنه ينبغي ملاحظة أن هناك الكثير من القواعد الدينية التي تكون مقترنة بجزاء مادي حال يجب توقيعه على من يخالف أحكامها مثل قطع يد السارق، والقصاص وجلّد الزاني وشارب الخمر، وإبطال العقود المخالفة لمقاصد الشريعة ونواهيها. ولكن تطبيق ذلك الجزاء يتطلب تدخل المشرع وإدخال هذه القواعد في نطاق القانون والعمل بها. أي أن أعمال الجزاء هنا لا يكون بوصفها قاعدة دينية بل باعتبارها قاعدة قانونية.

فالفروق السابقة بين الدين والقانون تكون واضحة إذا ظلت قواعد الدين بعيدة عن التطبيق، أما إذا تبناها المشرع وطبق أحكامها من خلال صياغتها في صورة قوانين، فإنها تكتسب صفة القاعدة القانونية وتصبح لها

نفس خصائصها. وهذا ما يحدث في كثير من الدول الإسلامية حيث يستمد المشرع الكثير من أحكام القانون من الشريعة الإسلامية كما فعل المشرع المصري بالنسبة لكل مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث ونسب وكثير من نصوص القانون المدني، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع اليمني حيث قام بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

الفصل الثاني
جوهر القانون وغايته

نعرض في البداية لوظيفة القانون وغايته، ثم نبين جوهره ومضمونه وأساس قوته الملزمة.

المبحث الأول
وظيفة القانون وغايته

أ ـ ضرورة القانون وأهميته:

الإنسان بوصفه كائن إجتماعي يعيش في جماعة معينة، تنشأ بينه وبين بقية أفرادها علاقات وروابط عديدة متنوعة. فإلى جانب الروابط الإنسانية والأسرية توجد علاقات العمل أو المهنة، هذا بالإضافة إلى المعاملات المالية والتجارية التي تزدهر بها حياة الجماعة الإقتصادية.

وبدأت مع ظهور الجماعات الحديثة المنظمة ملامح السلطة السياسية في الظهور، وتبلور بالتالي نمط جديد من الروابط ألا وهو الروابط العامة أو السياسية التي ترسم خطوط العلاقة بين سلطات الدولة الثلاث: التنفيذية والقضائية والتشريعية، وبين الحكام والمحكومين، بل امتد الأمر ليشمل العلاقات بين الدول داخل الجماعة الدولية.

والإنسان في دأبه على إشباع حاجاته وغرائزه، يتبادل المنافع والخدمات مع غيره من بني الإنسان، ذلك التبادل قد يثمر أحياناً وقد يتولد عنه العديد من المنازعات أحياناً أخرى، نظراً لتعارض المصالح وسيطرة الطبقة القوية، هذا بالإضافة إلى ما قد تنطوي عليه النفس البشرية من نوازع الأنانية.

لذا كانت الحاجة ماسة منذ بدء الخليقة لوجود نواميس للضبط الإجتماعي، ترمي إلى استقرار النظام وتحقيق الأمن والتوفيق بين الرغبات والمصالح المتعارضة بين الأفراد وتنظيم العلاقات التي غالباً ما تكون مصحوبة بالمنافسة والمنازعات والاعتداءات.

ونواميس الضبط الاجتماعي متعددة كالأخلاق والدين والتربية والقانون. ويعتبر القانون من أهم وسائل الضبط الإجتماعي نظراً لشموله وتغطيته كافة جوانب الجماعة، هذا بالإضافة إلى صفته الملزمة المنبثقة عن تنظيمه والاعتقاد الجماعي. بوجوب تطبيقه وقيام سلطات الدولة على ضمان تنفيذه واحترامه.

ومن هنا كانت ضرورة القانون وأهميته كمجموعة من القواعد ترسم النظام الأساسي للجماعة. وتنظم العلاقات بين أعضائها، وتحكم المعاملات فيما بينهم.

ب ـ تطور وظيفة القانون:

وحتى في المجتمعات البدائية وجد القانون الذي تمثل غالباً في مجموعة من التقاليد والأعراف التي اعتبرت أساساً للحياة المشتركة فيها وكانت تلك التقاليد تنظم روابط الأسرة أو العشيرة وتوزيع الثروات (أراضي ـ مراعي ـ تبادل) وأسس المعاملات. وكان رب الأسرة أو العشيرة هو الذي يتكفل بتوقيع الجزاء على من يخالف تلك الأعراف.

إلا أن تطور المجتمع الإنساني وميلاد السلطة المنظمة أضفي على القانون طابعاً متكاملاً من الشمول والإصدار والتدوين وضمان حسن تطبيقه،

بل وتخطي الأمر ذلك، فلم يعد القانون قاصراً على تنظيم العلاقات وحسم المنازعات وإقرار الأمن، بل تطور ليقيم العدالة بين الأفراد في الجماعة وذلك من خلال حماية وتدعيم الطبقات الضعيفة، وأصبح القانون كذلك أداة فعالة في يد الدولة للنهو بالجماعة من خلال تحقيق خطط وبرامج ذات طبيعة اقتصادية واجتماعية.

يقوم القانون بصفة أساسية بتنظيم العلاقات من خلال تحديد ما لكل فرد وما عليه، فهو يحمي المصالح المشروعة ويدافع عنها بتقريره الحقوق وهو في نفس الوقت يبين واجبات الأفراد تجاه بعضهم البعض، وتجاه جماعتهم بتحديده للالتزامات.

فبيان الحقوق وتحديد الالتزامات هو رسالة القانون الأولى، إلا أن تلك الرسالة قد اتسعت أبعادها، وزاد مضمونها في العصر الحديث، إذ أصبح القانون أداة فعالة لإحداث التغييرات الاقتصادية والاجتماعية في الجماعة.

فالقوانين الاقتصادية تلعب دوراً هاماً في تنفيذ الخطة والاستقرار الاقتصادي القومي. وتساهم القوانين ذات الطابع الاجتماعي في إعادة توزيع الدخول وحماية الطبقات الضعيفة. وتلعب القوانين العامة أو السياسية دوراً هاماً في رسم أبعاد النظام السياسي واستقراره من جهة، وتنظيم علاقة السلطة بالمواطنين من جهة أخرى.

جـ ـ القانون مرآة لواقع المجتمع وأفكاره:

يعد القانون مرآة صادقة لحضارة الأمة المادية والمعنوية، فهو يعكس ظروف الجماعة من كل نواحيها الطبيعية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية والمعنوية والخلقية والدينية. وترتبط صورة القانون في الجماعة بالنظام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي والفكري السائد فيها.

فالنظام القانوني الذي ينشأ في ظل الفلسفة الفردية وما يرتبط بها من نظام اقتصادي رأسمالي يختلف في قواعده التفصيلية ومبادئه عن النظام

القانوني الذي يقوم في مجتمع تسوده الأفكار الاجتماعية أو الاشتراكية.

ونعرض لهاتين الفلسفتين ثم نبين الاتجاه الوسط الذي استقرت عليه القوانين المعاصرة وهو الاتجاه الذي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

أولاً: وظيفة القانون في ظل الفلسفة الفردية:

يقوم المذهب الفردي Doctrine individualiste على فكرة أساسية مؤداها أن الفرد هو محور الحياة الاجتماعية وهدفها، والإنسان أساس الوجود وغايته، وهو محور كل القيم والغاية العليا لكل تنظيم اجتماعي.

والفرد لا يستمد وجوده من المجتمع، بل المجتمع هو الذي يقوم بفضل لفرد، لذا فإن الجماعة توجد لخدمته لأنه يولد ومعه حقوق لصيقة به ولا يكتسبها من الجماعة. ومصلحة الفرد هي السبيل لتحقيق مصلحة الجماعة.

وقد ترتب على هذا المذهب عدة نتائج من الناحية السياسية والاقتصادية والقانونية:

1 ـ فمن الناحية السياسية، تعتبر الحرية والمساواة من الحقوق الطبيعية اللصيقة بالشخصية، التي لا يجوز تقييدها أو المساس بها. بل أن المجتمع السياسي المنظم قد وجد لتأكيد تلك الحقوق وحمايتها.

2 ـ ومن الناحية الاقتصادية، يجب أن تسود الحرية الاقتصادية الكاملة حيث تسود المنافسة والنشاط الاقتصادي دون تدخل من الدولة أو وضع قيود عليه.

3 ـ ومن الناحية القانونية، يعتبر الفرد هو هدف القانون الأسمى، وليس للقانون من دور سوى حماية وضمان حقوق وحريات الأفراد، فالفرد يسبق ويعلو المجتمع والقانون.

ويتمتع الفرد بالاستقلال والحرية التي لا يحدها سوى حرية غيره لأن الأفراد متساوون لا سلطة لأحدهم على الآخر. لذلك إن وظيفة القانون تقتصر على رسم الحدود والفواصل بين حقوق وحريات الأفراد. فوجود حقوق متقابلة ومتساوية للأفراد قد يؤدي إلى تعارضها. وهنا تظهر ضرورة القانون ووظيفته في العمل على التوفيق بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق.

فالقانون في ظل المذهب الفردي يعتبر أداة صماء ينظر إلى الأفراد جميعاً على أنهم سواسية ومن ثم لا يتدخل فيما يتفق عليه الأفراد وتنصرف إليه إرادتهم، ولا يعتد بما قد يكون بينهم من فوارق طبيعية أو اقتصادية أو اجتماعية، فهو يسعى الى تحقيق العدل المطلق القائم على المساواة المطلقة بين الأفراد.

وعلى هذا برز دور الإرادة وسلطانها في المجال القانوني سواء فيما يتعلق بنظام الأسرة والميراث أو في نطاق المعاملات حيث تسود حرية التعاقد وسلطة الأفراد في إبرام ما يشاءون من عقود وتضمينها ما يرون من شروط دون تدخل أو رقابة من قبل السلطة. فالأفراد أحرار ومتساوون، وتترك المعاملات طبقاً لما يسفر عنه الصراع فيما بينهم.

وبالنسبة للملكية الخاصة فهي مصونة لا تمس، وهي مطلقة فيما تخول لصاحبها من سلطات. ولا يجوز للمشرع تقييد سلطات المالك على ملكه إلا في أضيق الحدود، لا يسوغ نزع الملكية الفردية ولو للمصلحة العامة.

نقد المذهب الفردي:

لا شك أن المذهب الفردي قد لعب دوراً هاماً في تأكيد حرية الإنسان في مواجهة الاستبداد وطغيان السلطة الحاكمة التي سادت في العصور الوسطى، إلا أن هذا المذهب وجهت إليه عدة انتقادات:

1 ـ لقد بالغ المذهب الفردي في الاهتمام بالفرد وحريته وحقوقه وتقديس مصلحته الخاصة على حساب المصلحة العامة. فالفرد لا يعيش منعزلاً، بل يرتبط بالجماعة ومصالحها المشتركة. وهناك الكثير من المصالح العامة التي لا يمكن تجاهلها كمرافق التعليم والمواصلات والصحة والضمان الإجتماعي.

2 ـ إن المساواة والحرية التي يقوم عليهما المذهب الفردي هي مساواة وحرية نظرية لأن التنافس بين الأفراد يؤدي إلى غلبة الأقوى وضياع حقوق الضعفاء، وسيادة الفوضى والظلم والاحتكار وعدم المساواة، وقد ساعد على ذلك وجود التكتلات الاقتصادية التي تخلق الاحتكار وتقضي على الحرية الاقتصادية والمنافسة.

ونفس النتائج على الصعيد القانوني، حيث أدى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة الى سيادة الإرادة الأقوى في التعاقد، وتم فرض شروط الأقوياء اقتصادياً على الطبقة الضعيفة والمحتاجة اقتصادياً. وبدا ذلك واضحاً في عقد العمل حيث استغل أصحاب الأعمال العمال والنساء والأطفال وحرموهم من كل الحقوق والحريات.

ثانياً: وظيفة القانون في ظل المذهب الاجتماعي:

أدى تطور النظام الفردي والرأسمالي إلى التفاوت الملحوظ بين الطبقات واتسعت الهوة بينها وزاد تعرض الطبقات العمالية للمخاطر وأصبح من الواضح أن الحرية والمساواة كلمات لا معني لها في ظل الضعف الاقتصادي والاجتماعي.

ظهر المذهب الاجتماعي Doctrine socialiste كرد فعل للظلم الذي تعرضت له الطبقات الضعيفة. حيث كان أرباب الأعمال تحت ستار الحرية يفرضون شروطاً قاسية في عقود العمل مع العمال مقابل أجور زهيدة، وزادت حوادث العمل التي لم يكن يقابلها تعويض نظراً لصعوبة تحديد المسئولية وخطأ رب العمل لأن السبب في ذلك هي الآلات الحديثة المعقدة، وكان العمال بلا غطاء تأميني.

لذا كان رد فعل المذهب الاجتماعي متطرفاً حيث نظر إلى الإنسان ككائن اجتماعي، ومن ثم يجب النظر بالدرجة الأولى إلى مصلحة المجتمع بأكمله. فالعبرة بتحقيق مصلحة الجماعة قبل كل شيء. والفرد لا قيمة له إلا بوصفه عضواً في الجماعة يعمل من أجلها. ويجب تسخير الفرد لخدمة الصالح العام. ويترتب على ذلك عدة نتائج مناقضة تماماً للمذهب الفردي.

1 ـ فمن الناحية السياسية والاقتصادية، يرى المذهب الاجتماعي ضرورة تدخل الدولة لكفالة الحرية والمساواة الفعلية بين الأفراد، وذلك من خلال وضع القيود على النشاط الفردي والاقتصادي لحماية الطبقة الضعيفة، وتوفير الظروف الاقتصاديةوالاجتماعية المناسبة لمنع الاحتكار والاستغلال على نحو يحقق المساواة الواقعية وليست النظرية بين أفراد المجتمع.

2 ـ ومن الناحية القانونية، تتحدد وظيفة القانون في تحقيق مصلحة الجماعة. وتبرز أهمية النظم القانونية التي تفرضها الدولة على الأفراد، لتلعب دوراً إيجابياً في تحقيق العدالة الاجتماعية، وتنظيم الحقوق الموجهة التي تتفق مع الصالح العام.

فالملكية ليست حقاً خاصاً مطلقاً، بل لها وظيفة اقتصادية واجتماعية، ويمكن تأميمها ونزعها للمصلحة العامة، ويجب وضع أحكان لتنظيم الأسرة والميراث على نحو يمكنها من أداء دورها الاجتماعي على خير وجه.

ويتدخل القانون في مجال التعاقد لفرض رقابته على مضمون العقد وشروطه، لأن احترام سلطان الإرادة لا يكون إلا بالقدر الذي ينطوي على تحقيق العدالة. فالقانون يفرض بعض القيود على الأفراد لتحقيق بعض المصالح الاجتماعية، مثل عقد التأمين الإجباري من حوادث السيارات والمباني لضمان تعويض المضرورين من هذه الحوادث. وسلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان لصالح الطرف الضعيف. وفرض الكثير من الشروط في عقد العمل لحماية العامل.

نقد المذهب الإجتماعي:

لا شك أن من حسنات المذهب الإجتماعي تلافي عيوب المذهب الفردي ومساوئه. وإبراز أهمية الدور الإيجابي للدولة والقانون في تحقيق المساواة الواقعية بين الأفراد، وحماية الطبقات الضعيفة، وإبراز أهمية المصلحة العامة.

إلا أن المذهب الإجتماعي يعاب عليه تطرفه في إهدار الفرد وحقوقه لمصلحة الجماعة. مما أدى إلى طغيان سلطان الدولة والحكام على نحو يعدم حرية الفرد. وزاد تدخل الدولة في كثير من المجالات، مما أدى إلى تقلص دور الفرد وشل حركته وعرقلة نشاطه. وكانت النتيجة هي زيادة التعقيدات الإدارية والكساد الإجتماعي والإقتصادي. واستفحل دور القانون العام على حساب القانون الخاص، حيث تدخلت الدولة في كافة المعاملات والعلاقات القانونية بوصفها سلطة عامة.

ثالثاً: التوفيق بين المذهبين الفردي والاجتماعي:

أدت مساوئ كل مذهب إلى عدول الكثير من الدول عن الأخذ بأي منها على إطلاقه، حيث حاولت معظم القوانين المعاصرة الجمع بين المذهبين وتلافي ما بكل منهما من مساوئ. لذا كان الاتجاه الوسط الذي يوفق بين كرامة الفرد وحريته وكونه عضواً في جماعة مما يفرض عليه قيوداً تقتضيها مصلحة تلك الجماعة على نحو يعود بالخير والنفع على الجميع وتلك هي المصلحة العامة.

والجدير بالذكر أن تلك النظرة هي التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية، حيث تتضمن نظرية متكاملة تشمل كافة جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وتضع مبادئ عامة توفق فيها بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة على نحو يخلق التكامل والتوافق بينهما دون تجاوز أو تعسف.

والاتجاه اليوم في القانون الحديث في كثير من الدول هو الجمع بين

المذهبين الفردي والاجتماعي. فالقانون اللبناني يتأثر في الأصل بالمذهب الفردي إلا أنه يتأثر في بعض المجالات بتعاليم المذهب الاجتماعي. ونفس الحكم في القانون المصري.

فنص القانون المدني على أنه ليس للمالك أن يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة أي التي لا يمكن تجنبها. ولملاك الأراضي المحبوسة عن الطريق العام المرور في الأراضي المجاورة للوصول إليها بحسب العرف. ويلتزم صاحب الأرض بأن يسمح بمرور المياه الزائدة لصرفها في أقرب مصرف عمومي في مقابل تعويض عادل. وتم تنظيم العقود بطريقة تكفل سلطان الإرادة مع وضع القيود التي تحمي الطرف الضعيف.

ويجوز للقاضي، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن متوقعة وترتب على حدوثها أن تنفيذ العقد أصبح مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين.

وإذا تم العقد بطريقة التسليم «الإذعان» بشروط تعسفية مرهقة جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أن أو يعفي الطرف الذي سلم بها منها وذلك وفقاً لما تقضي به الشريعة والعدالة، وإذا وجد نص يدل على اعتبار الشروط التعسفية المرهقة كان باطلاً.

وأخيراً فإن المشرع قد نص على نظرية عدم التعسف في استعمال الحق بصفة عامة بقوله أن من استعمل حقه استعمالاً يتنافى مع الشرع والعرف فإنه يكون مسئولاً عما يترتب على استعماله غير المشروع من ضرر. ويكون استعمال الحق غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يصيب الغير من ضرر بسببها، أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

د ـ الطابع الاجتماعي للقانون المعاصر:

كان للمذاهب والاتجاهات الاجتماعية الحديثة أثرها الواضح على الفكر القانوني المعاصر، وساعد على ذلك ظهور الأفكار الاشتراكية، حيث تعلو مصلحة الجماعة وسيادتها. والصالح العام يعلو على صالح الأفراد لأن الفرد ليس إلا جزءاً من الجماعة. لهذا فإن القانون يجب أن يتدخل لتحقيق الصالح العام ولو على حساب مصلحة الفرد.

وظهرت الحاجة الملحة إلى تطور القانون وظهور التشريعات الإجتماعية العديدة لتقيم التوازن وتحمي الطبقات الكادحة وتحقق العدالة التي تراعي الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية ألا وهي العدالة الاجتماعية.

وقد ساعد على هذا التطور العديد من الاعتبارات أهمها تطور النقابات العمالية وازدياد قوتها، ومشاركة الطبقة العاملة في الانتخابات واتساع الفرصة أمام الشعب للمشاركة في الحياة السياسية من خلال الاقتراع العام، هذا بالإضافة إلى ظهور الفكر الاشتراكي وتأثيره الواضح في الأفكار الحديثة.

وأدى كل ذلك التطور الاجتماعي والاقتصادي إلى تزايد الشعور الوطني، وظهور التضامن بين الأفراد على نحو يضمن حداً أدنى من مستوى المعيشة للفرد، وبالتالي أهمية تدخل الدولة والمشرع بالعديد من التشريعات بهدف تحسين ظروف الطبقة الضعيفة والتدخل لإقامة التوازن في الحياة الاقتصاية بين الأفراد.

وقد كان للحركة الاجتماعية أثرها الواضح في تأكيد حقوق الإنسان الاجتماعية كالحق في العمل، والحق في توزيع عادل للدخل القومي، والحق في التأمين الاجتماعي، والحق في المشاركة في الإدارة، واتخاذ القرار.

هذه الحقوق كان لها صدى كبيراً في أغلب التشريعات المعاصرة وتبنتها إعلانات حقوق الإنسان مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر

في عام 1948، والميثاق الاجتماعي الأوروبي الصادر في 1961. وكل ذلك يؤكد أن للإنسان حقوقاً اجتماعية إلى جانب حقوقه السياسية والمدنية. تلك الحقوق عبرت عنها النظم القانونية الحديثة والتشريعات الاجتماعية العديدة، وكان لها أثرها الواضح في إضفاء الصبغة الاجتماعية على القانون.

المبحث الثاني
جوهر القانون

يستمد القانون جوهره وموضوعه من مصدرين أساسيين الأول مثالي والثاني واقعي، فالقانون في العصر الحديث يعد تعبيراً عن الفلسفتين، حيث يستند إلى الواقع والمثالي في نفس الوقت.

المطلب الأول
المدرسة الواقعية

ترى المدرسة الواقعية L'école réaliste ou positiviste في القانون تعبيراً عن مشاكل وحقائق الحياة الاجتماعية أي ظروف الواقع المحيطة بالناس في الجماعة كالظروف الجغرافية والاقتصادية والقوى السياسية والاجتماعية. أضف إلى ذلك النزعات الأخلاقية والدينية والتراث التاريخي. وتختلف تلك العوامل وتتباين من بلد إلى آخر وتؤدي إلى اختلاف النظم القانونية في كل منها.

فالقانون ليس ثابتاً أو واحداً بل هو متغير في الزمان والمكان ويتطور بتطور البيئة وطبقاً لعواملها المتعددة. ونعرض لأهم هذه العوامل.

العوامل الطبيعية:

تؤثر العوامل الطبيعية Le facteurs naturelles في تحديد جوهر القاعدة القانونية. ويقصد بها تلك العوامل التي تتصل بالطبيعة بصفة عامة، سواء كانت طبيعة المجتمع كالمناخ والتربة، أو طبيعة الإنسان كتكوينه العضوي أو الجسماني.

فتحديد سن الأهلية للزواج مثلاً يتوقف كثيراً على طبيعة المناخ في

المجتمع، إذ يتم النضج الجسمي والجنسي في سن مبكرة أو متأخرة تبعاً لطبيعة جو كل مجتمع. وتبعاً لكثرة أو قلة النسل ولازدياد ثروة الجماعة أو فقرها تحدد كل جماعة سياستها بشأن إعطاء الأجانب جنسيتها. فتشجع التجنس أو تحد منه.

وتبعاً لموقع المجتمع يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع. فمجتمع يوجد في جزيرة أو تحده سواحل وشواطئ، يضطر إلى التجارة عبر البحار مع غيره من المجتمعات فيظفر فيه القانون التجاري والبحري بحظ عظيم، بخلاف الحال في المجتمع الزراعي حيث تزدهر قواعد الملكية العقارية والقانون الزراعي.

(ب) العوامل الاقتصادية:

تلعب العوامل الاقتصادية Les facteurs économiques دوراً بارزاً في تشكيل القواعد القانونية. فطرق الإنتاج والعلاقات الناشئة عنها تحتاج إلى تنظيم قانوني معين. فالنشاط التجاري والقوى المسيطرة عليها، هذا بالإضافة إلى تنظيم العلاقات بين الطبقة الرأسمالية والطبقة العمالية.

ويؤدي ازدهار النشاط الاقتصادي إلى التأثير على نطاق ومجالات القواعد القانونية. ويبدو ذلك بصفة خاصة في مجال التأمين والضمان وعمليات البنوك والعقود التجارية. لهذا كان لعلم الاقتصاد أهميته البالغة بالنسبة لرجل القانون حيث يلقى أمامه الضوء على الكثير من الظواهر والمصالح الاقتصادية التي تعد أساساً للكثير من القواعد القانونية.

(جـ) العوامل السياسية والاجتماعية

:Les facteurs politiques et sociaux

يعتبر القانون كذلك انعكاساً لكثير من الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة في الجماعة، حيث تؤثر تلك الأفكار في نشأة وتطور النظم القانونية في أي مجتمع من المجتمعات.

فالأفكار الحديثة المتعلقة بحرية الإنسان والمساواة أدت إلى إلغاء الرق وتزايد القوانين التي تكفل حقوق الإنسان وحرياته الفردية والاجتماعية وذلك كالحقوق السياسية والنقابية والشخصية. وكذلك تدخل الدولة لحماية الطبقات الضعيفة في مواجهة الطبقة المستغلة من خلال التأميمات والضمان الاجتماعي إلى غير ذلك.

وقد أدى ظهور الفكر الاشتراكي في كثير من الدول إلى إصدار القوانين التي من شأنها تقليل الفوارق بين الطبقات عن طريق فرض حد أقصى للملكية الزراعية وفرض الضرائب التصاعدية على الدخل، وخلق شركات القطاع العام التي تساهم في دفع عجلة الإنتاج ومنع احتكار القطاع الخاص وسيطرته على معطيات السوق.

(د) العوامل الدينية والأخلاقية:

تؤثر العوامل الدينية والأخلاقية Les facteurs religieux et moraux بدورها في تحديد ملامح النظام القانوني. فالدين هو العامل الأول في تحديد مضمون قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالأسرة والمواريث والوصية في مصر ولبنان وغالبية البلاد العربية، وكما هو الحال في كثير من الدول الأوروبية، فهناك بعض الدول كانت تصر على تحريم الطلاق تأثراً بالمذهب الكاثوليكي.

وكثير من الدول الإسلامية تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، وتستمد بالتالي معظم قواعد القانون الوضعي الجنائي والمدني من تلك الشريعة.

أضف إلى ما سبق أن الكثير من القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع تؤثر في القواعد القانونية المطبقة، مثل القواعد الخاصة بمواعيد تشغيل النساء وأماكن عملهن في الدول الإسلامية، وتخصيص أماكن لهن وللمسنين والعجزة في المواصلات العامة.

(هـ) العوامل التاريخية:

لا يمكن للنظام القانوني أن يتجاهل الحقائق التاريخية Lex facteurs historiques التي تتكون في المجتمع على مر العصور وتتوارث جيلاً بعد جيل. فالقانون يأخذ تلك الحقائق في الحسبان ولكنه يعمل على تطويرها طبقاً لمعطيات الحاضر. فالزواج يعتبر حقيقة تاريخية ثابتة يقوم القانون بتنظيمها من خلال تحديد شروطه وآثاره والسلطة المختصة بإبرامه وحله. وكذلك الحال بالنسبة لنظام الملكية الفردية الذي يجد سنده في التطور التاريخي الذي نشأ عليه الإنسان.

المطلب الثاني

المدرسة المثالية

تعتبر العوامل الواقعية السابقة كلها من قبيل الحقائق التجريبية التي تدخل في تشكيل جوهر القانون. يضاف إلى تلك الحقائق نوعاً آخر ألا وهو الحقائق الفكرية التي تشمل الحقائق العقلية والحقائق المثالية. وهذا هو موضوع المدرسة المثالية L'ecole Idealiste.

فالحقائق العقلية تتمثل في الأصول الضرورية التي يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان واتصاله بالمجتمع، لذا فهي ثابتة وخالدة وتعتبر من قبيل المسلمات، وذلك كقيام الزواج على الارتباط الشرعي بين الرجل والمرأة.

أما الحقائق المثالية فتتمثل في الآمال والمطامح الإنسانية في التقدم والرقي، أي تتضمن الاتجاهات والنزعات المثالية بهدف الوصول إلى التنظيم المنشود للعلاقات الاجتماعية، كالرغبة في وضع التنظيم القانوني للأسرة على نحو يضفي عليها الاستقرار والسعادة.

ويتم التعبير عن الحقائق العقلية والمثالية من خلال فكرة القانون الطبيعي أو العدل.

(أ) القانون الطبيعي:

القانون الطبيعي Droit naturel هو القانون الذي يتفق مع العقل ويعد معياراً للعدل في نفس الوقت. والقانون الطبيعي مصدره العقل الخالص وهو العدل في ذاته، لذا فهو ثابت لا يتغير في الزمان ولا في المكان لأنه مستقر في طبيعة البشر وقلب الإنسان. وهو القانون المثالي الخالد والشامل، والنموذج الأعلى الواجب اتباعه من قبل كل القوانين الإنسانية الوضعية. فالقانون الوضعي أي الذي يضعه البشر ويطبق بالفعل لا يكون صالحاً إلا بقدر اتفاقه مع القانون الطبيعي.

إلا أن أنصار المدرسة الواقعية هاجموا بشدة هذا المفهوم أو التصور للقانون الطبيعي واعتبروه مجرد شعور مبهم ووهم مثالي لا وجود له في الواقع لأن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها ويتغير بتغيرها في الزمان والمكان ولا يعقل أن يكون ثابتاً وخالداً.

وترتب على هذا الهجوم أن غير أنصار القانون الطبيعي تصورهم لهذا القانون، فذهب البعض منهم إلى القول بأن هذا القانون يعد المثل الأعلى للعدل، والعدل فكرة خالدة وثابتة، أما طريقة تحقيقها فأمر متغير بحسب الظروف في كل جماعة. وذهب آخرون إلى القول بأن القانون الطبيعي هو مجموعة المبادئ والموجهات المثالية للعدل. تلك المبادئ لها من الثبات والخلود ما يجعلها أساساً تستهديه القوانين الوضعية في وضع الحلول العملية والتفصيلية لمشاكل الحياة الاجتماعية المتغيرة.

(ب) العدل والعدالة:

تأتي فكرة العدل في مقدمة الأفكار الأخلاقية التي تهيمن على ضمير الجماعة وتلعب دوراً هاماً في تكوين القانون.

والعدل هو المساواة بمعناها العام ويتمثل ذلك في تمكين كل مواطن من حقه وأداء ما هو واجب عليه، ويقسم الشراح العدل إلى أقسام ثلاثة:

العدل التبادلي La justice Commutative، ويكون في علاقات الأفراد بعضهم ببعض، حيث يجب أن تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة التامة الكاملة أي المساواة الحسابية البحتة دون نظر لصفاتهم أو شخصياتهم، فمن يعطي يأخذ قيمة ما أعطاه دون زيادة أو نقص.

العدل التوزيعي La justice distrubtice، ويكون في علاقة الفرد بالجماعة، حيث يجب أن تسود المساواة في توزيع الثروات والمزايا والخدمات التي تقوم بها الدولة على الأفراد. ولكن المساواة هنا ليست حسابية مثل العدل التبادلي، بل مساواة تناسبية أي يتم التوزيع على أساس ملكات الأفراد وقدراتهم وحاجاتهم التي تتفاوت وتختلف من فرد لآخر. ويترتب على ذلك أن توزيع المنافع يكون بقدر حاجة الشخص وكفاءته وقدراته، فأجر الموظف الكبير يختلف عن أجر العامل، والمعونة المقدمة للأعزب تختلف عن تلك التي تقدم لرب الأسرة. وتزداد الأعباء الضريبية بحسب الدخل والثروة، وتتناسب العقوبة الجنائية مع جسامة الجريمة وظروف ارتكابها وشخص الجاني ومدي خطورته.

العدل الاجتماعي أو العام، ويكون في صلة الجماعة بالفرد لا بوصفه فرداً بل بوصفه عضو في الجماعة أي جزء من كل، أي ما يجب على المواطن للدولة تحقيقاً للصالح العام، ويتمثل ذلك في الخدمة الوطنية وأداء الضرائب، والالتزام بأداء الواجب الوظيفي، والامتثال للقوانين والأوامر المشروعة.

فالعدل الاجتماعي La justice sociale هو العدل المحقق للصالح العام، لذا فهو الأساس المبرر لوجود السلطة في الجماعة وخضوع الأفراد لهذه السلطة. فباسم هذا العدل يلتزم الأفراد بطاعة الدولة، ويلتزم الحكام باستخدام سلطاتهم لخدمة الصالح العام.

ويختزل بعض الشراح صور العدل الثلاث إلى اثنتين. العدل العام والعدل الخاص. فالعدل الخاص هو الذي يسود علاقات الأفراد باعتبارهم أفراداً، وهو يقوم على أساس من المساواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوي

الآخر فيما له من كيان مستقل، فتقوم علاقات الأفراد إذن على أساس من تبادل الاحترام بين الأفراد كل منهم لكيان الآخر واستقلاله وحقوقه، وذلك هو ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادلي.

أما العدل العام فهو الذي يسود علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم أعضاء فيها أياً كان من يجب له العدل هو الجماعة أم الأفراد. والعبرة في هذا العدل هي باعتبار الفرد جزءاً من كل هو الجماعة، والجماعة باعتيارها هي الكل، ينبغي لها عدلاً أن تهيمن على الجزء ونشاطه بما يحقق نفع الكل وخيره. ولذلك فالعدل في العلاقة بين الجماعة والفرد إنما يرمي إلى تحقيق الصالح العام، لا عن طريق إقامة مساواة مطلقة حسابية وإنما عن طريق إقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للأفراد ـ من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة ـ بالنسبة إلى صالح الجماعة. وهذا العدل العام. يشمل ما يعرف بالعدل التوزيعي والعدل الاجتماعي على السواء.

(جـ) الفرق بين العدل والعدالة:

يقصد بالعدل La justice المساواة المطلقة بين الأفراد سواء فيما يتقرر لهم من حقوق أو ما يفرض عليهم من قيود، فالعدل يتسم بالعمومية والتجريد، لأنه مساواة حسابية بين الأفراد دون تفرقة بينهم لأية اعتبارات.

أما العدالة Lص‌Équité فهي العدل مطبقاً على حالة خاصة، أي أنها المكمل لفكرة العدل لأنها تراعي الظروف والملابسات الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة، فالعدل يتسم بالصلابة والتشدد أما العدالة فتتكيف مع ظروف كل حالة وتستجيب لدوافعها.

وتلعب العدالة دوراً فعالاً في صياغة القواعد القانونية وما تتسم به أحياناً من مرونة، وكثيراً ما يرخص القانون للقاضي مراعاة العدالة في أعماله لنصوص القانون.

فالمشرع استلهم العدالة عند صياغته لنظرية التعسف في استعمال

الحق، والغلو في استعمال حق الملكية أو مضار الجار غير المألوفة، والإثراء بلا سبب. وينص صراحة على أن القاضي يحكم بمقتضى مبادئ العدالة في حالة عدم وجود نص أو عرف أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية. وفي مجال العقود، إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها وفقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد صريحاً فيه بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للشرع والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

الخلاصة:

يتشكل مضمون القاعدة القانونية وجوهرها من عنصرين: عنصر الواقع القائم على كل حقائق الحياة الاجتماعية من عوامل طبيعية، واقتصادية وسياسية واجتماعية ودينية وأخلاقية وتاريخية، وعنصر المثل الأعلى للعدل. فالدولة عندما تسن القانون يجب عليها مراعاة كل الاعتبارات المختلفة السابقة فتحرص على أن يكون مطابقاً لمعنى العدالة وموائماً لواقع البيئة وحاجات الجماعة والأفراد فيها.

ومضمون القانون على هذا النحو هو الذي يفسر قوته الملزمة ووجوب احترام الأفراد وطاعتهم له. حقاً أن طاعة الأفراد للقانون تنبع أحياناً من كونه صادراً عن السلطة العامة التي توقع الجزاء على من يخالفه، إلا أن احترام القانون يتحقق تلقائياً في كثير من الأحيان إيماناً من المواطنين بضرورته وعدالته أي بمضمونه وجوهره.

وإذا صدر القانون بمضمون يخالف مقتضى الواقع والعدالة فإنه لا يحظى باحترام الأفراد وتقديرهم له، وتكثر مخالفته، ولا تتحقق طاعته إلا من خلال الجبر والإكراه، وهذا معيار فشله، وقرب نهايته. ويلعب القضاء دوراً هاماً في شله والحد من آثاره سواء من خلال الحكم بعدم دستوريته أي عدم موافقته للدستور، أو من خلال سلطة تفسيره بطريقة تقربه من طريق العدالة.

الفصل الثالث

أقسام القانون وفروعه

أدى تنوع العلاقات الاجتماعية في الجماعة وتعددها إلي تنوع القواعد القانونية Divisions du droit التي تحكمها، وتعددت بالتالي فروع القانون وتقسيماته Classifications du Droit.

1 - ينقسم القانون من حيث النطاق الإقليمي لسريانه إلى قانون داخلي Droit interne وقانون خارجي Droit externe فالقانون الداخلي يضم مجموعة القواعد التي تطبق داخل إقليم الدولة، أي القانون الذي يحكم العلاقات والروابط الداخلية. أما القانون الخارجي فيطبق خارج حدود الدولة. وينظم العلاقات التي تنشأ بين الدولة وغيرها من الدول والمنظمات الدولية وهو ما يسمى بالقانون الدولي العام.

2 - تنقسم القواعد القانونية طبقاً للشكل الذي تصدر فيه أو توجد عليه في الجماعة إلى قواعد مكتوبة وأخرى غير مكتوبة[1]، والقاعدة المكتوبة هي التي تصدرها السلطة التشريعية المختصة، أما القواعد غير المكتوبة فيكون مصدرها العرف كما هو الحال في معظم قواعد القانون الانجليزي.

وتتميز القواعد المكتوبة بالوضوح والتحديد نظراً لصدورها في محرر مكتوب ومعتمد من السلطة المختصة، أما القواعد العرفية فينقصها التحديد

---

(1) أي قانون مكتوب droit écrit، وقانون غير مكتوب droit non-écrit.

مما يؤدي إلى الاختلاف أحياناً حول حقيقة مضمونها، إلا أنها من ناحية أخرى تتسم بالمرونة والتطور مع تغير الظروف لأنها وليدتها.

3 ـ تنقسم القوانين كذلك إلى قوانين موضوعية وأخرى شكلية. فالقواعد الموضوعية Régles de fond تضع أحكاماً موضوعية للعلاقات والروابط التي تقوم بتنظيمها، ويتم ذلك من خلال تحديد المراكز القانونية وما تتضمنه من حقوق وواجبات، فالقاعدة الموضوعية تبين مصدر الحق وآثاره وانتقاله وطرق انقضائه.

أما القانون الشكلي Régle de forme فيبين الإجراءات الواجب اتباعها لأعمال القانون الموضوعي وتطبيقه، فالقانون المدني يعتبر قانون موضوعي لأنه يبين الحقوق كحق الملكية وحق الدائنية، أما قانون المرافعات (أو المحاكمات) فيعتبر قانون شكلي لأنه يحدد الإجراءات الواجب اتباعها لحصول الشخص على حقه، وذلك ببيان المحكمة المختصة وكيفية رفع الدعوى وسير الخصومة وصدور الحكم فيها واجراءات تنفيذه.

والقانون الجنائي قانون موضوعي لأنه يبين الأفعال التي تعتبر جرائم والجزاءات المحددة لها، أما قانون الإجراءات الجنائية فهو قانون شكلي لأنه يبين إجراءات محاكمة المجرم وتوقيع الجزاء عليه.

4 ـ وتنقسم القواعد القانونية، من حيث قوتها الملزمة، إلى قواعد قانونية آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وقواعد قانونية مقررة أو مكملة يحوز للأفراد الاتفاق على حكم مخالف لها.

5 ـ وأخيراً فإن القواعد القانونية تنقسم، من حيث طبيعة الروابط والعلاقات التي تحكمها، إلى قانون عام وقانون خاص.

ونظراً لأهمية هذين التقسيمين، فإننا نعرض لهما بشيء من التفصيل في المبحثين التاليين:

المبحث الأول
القانون العام والقانون الخاص

نعرض في البداية للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، ثم نبين الفروع التي ينقسم إليها كل منهما:

المطلب الأول
التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

يعتبر تقسيم القانون إلى قانون عام Droit public وقانون خاص Droit privé من أهم التقسيمات التي أجريت للقانون. وهذا التقسيم التقليدي الذي يرجع إلي عهد القانون الروماني لا زال مهيمناً على الفكر القانوني في معظم دول العالم.

وقد كان للمذهب الفردي أثره الواضح في إبراز هذا التقسيم حيث كان الفصل واضحاً بين نشاط الفرد ونشاط الدولة. إلا أن انحسار هذا المذهب وظهور المذهب الاشتراكي وما صحبه من تزايد تدخل الدولة في كافة المجالات أدى إلى تداخل نشاط الدولة مع نشاط الفرد، واستتبع ذلك طغيان نطاق القانون العام وامتزاجه بالقانون الخاص على نحو أفقد التفرقة بينهما أهميتها العملية.

فالدولة تتولى القيام بالنشاط الاقتصادي والتجاري الخاص وتتبع في إدارته أساليب القانون الخاص. وكثيراً ما تفرض الدولة على النشاط الخاص العديد من القواعد الآمرة بهدف توجيهه وربطه بالخطة الاقتصادية والمصلحة العامة مما أدي إلى تقارب طبيعة قواعد القانون الخاص والقانون العام.

وبالرغم من ذلك فإن التفرقة بين القانونين لا زالت قائمة لأن تدخل السلطة العامة في العلاقات القانونية الخاصة لا يؤدي إلى اختلاط قواعد كل من القانون الخاص والقانون العام لاختلاف طبيعتها، وإن كان ذلك لا يمنع من تعديل الحدود والفواصل فيما بينهما كما سنرى.

(أ) معيار التفرقة بين القانون العام والقانوني الخاص:

تباينت المعايير والآراء حول كيفية التفرقة بين كل من القانون العام والقانون الخاص، ونعرض لأهم هذه المعايير.

1 - يرى البعض أن معيار التفرقة بين القانونين يكمن في درجة إلزام القواعد القانونية. فقواعد القانون العام ذات طبيعة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما قواعد القانون الخاصة فذات طبيعة مكملة أو مقررة يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالفها صراحة أو ضمناً.

والواقع أن هذا المعيار غير دقيق، فقواعد القانون العام كلها آمرة، أما قواعد القانون الخاص فليست كلها مكملة، فثمة قواعد كثيرة في هذا القانون ذات طبيعة آمرة لتعلقها بالنظام العام ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها.

2 - ذهب البعض إلى القول بأن القانون العام لا ينظم العلاقات المالية، بينما القانون الخاص يقتصر على تنظيم العلاقات المالية فقط.

وهذا المعيار غير صحيح لأن القانون العام ينظم بعض العلاقات المالية مثل القانون المالي الذي يتضمن الضرائب والأموال العامة. كما أن القانون الخاص يشتمل على علاقات غير مالية مثل علاقات الأسرة والحقوق اللصيقة بالشخصية.

3 - يفرق البعض بين القانونين على أساس المصلحة، فالقانون العام هو الذي تغلب عليه المصلحة العامة أما القانون الخاص فتغلب عليه المصالح الخاصة للأفراد.

ويعيب هذا المعيار صعوبة التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فتحقيق المصلحة العامة من شأنه تحقيق بعض المصالح الخاصة، وحماية المصلحة الخاصة من شأنه أن يؤدي إلى حماية المصلحة العامة. فارتباط المصلحة العامة بالمصلحة الخاصة أمر لا شك فيه. فتنظيم العلاقة بين أفراد الأسرة، والعلاقة بين العامل وصاحب العمل أمر ينطوي على تحقيق المصلحتين في نفس الوقت.

4 ـ وهناك معيار آخر يقوم على صفة الأشخاص الخاضعين للقانون. فإذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً في العلاقة، فإن القانون العام هو الذي يطبق. فالقانون العام ينظم تكوين سلطات الدولة وعلاقاتها مع بعضها ومع سلطات الدول الأخرى. أما القانون الخاص فيحكم العلاقة التي تقوم بين الأشخاص العاديين.

يعيب هذا المعيار أنه لا يتفق مع الواقع في بعض الحالات. فليست كل علاقة بين الدولة وبين الأفراد العاديين تعتبر من علاقات القانون العام. فالدولة تتعامل أحياناً مع الأفراد شأنها شأن الفردي العادي تماماً وتقف على قدم المساواة من الطرف الآخر تماماً، وتدخل هذه العلاقة في القانون الخاص وليس في القانون العام. مثال ذلك العلاقات الناشئة عن النشاط التجاري والصناعي الذي تباشره الدولة مثل الفرد العادي وما قد تبرمه مع الأفراد من عقود بيع السلع التي تنتجها.

5 ـ طور الفقه المعيار السابق بقولهم أن العبرة ليست بصفة أطراف العلاقة بل بطبيعة العلاقة نفسها، فالقانون العام يحكم العلاقات التي تتعامل فيها الدولة مع الأفراد بوصفها سلطة عامة ذات سيادة، أي على أساس السيطرة من جانبها وليس على أساس المساواة، فالقانون العام هو قانون السيطرة من جانب الدولة والخضوع من جانب الأفراد.

فإذا تعاملت الدولة مع الأفراد بوصفها صاحبة سلطة وسيادة، مثل قيامها بنزع ملكية خاصة للمنفعة العامة، أو إبرام عقد إداري مع أحد

المواطنين، أو تعيين شخص في وظيفة عامة، فإن هذه العلاقات تعتبر ذات طبيعة عامة، وتخضع للقانون العام.

أما إذا تعاملت مع الأفراد على قدم المساواة، كما لو تعاقدت مع المواطنين بالبيع والشراء من خلال ما تقوم به من نشاط تجاري وصناعي من نفس نوع نشاط الأفراد، فإن هذه العلاقة تخضع للقانون الخاص. مثال ذلك بيع الدولة لمنتجاتها في الجمعيات الاستهلاكية.

ويحكم القانون العام كذلك العلاقات التي تحكم إنشاء السلطات العامة، والعلاقات التي تنشأ بين هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر، والعلاقات بين سلطات الدولة مع الدول الأخرى.

(ب) أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:

يترتب على التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص عدة نتائج عملية نجملها فيما يلي:

1 ـ يمنح القانون العام السلطات العامة في الدولة عدة امتيازات ومكنات لا يعطيها القانون الخاص للأفراد وذلك مثل حق الدولة في نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، أو الاستيلاء المؤقت على مال معين لأحد الأفراد.

وكذلك حق السلطة العامة في التنفيذ المباشر، حيث تقرر ما لها من حقوق قبل الأفراد ثم تقوم بالتنفيذ المباشر لاقتضاء حقها، فالدولة تقدر مالها من ضرائب على الشخص. وإذا لم يقم بالدفع فإنها تقوم بالحجز الإداري على أمواله لاستيفاء المبالغ المستحقة. فهي ليست في حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء للحصول على حكم يقرر ما لها من حقوق كما يفعل الأفراد.

2 ـ إن العقود التي تبرمها السلطة العامة مع الأفراد تعتبر عقود إدارية تتضمن شروطاً استثنائية تخرج عن القواعد العامة في العقود العادية التي

يحكمها القانون الخاص. فللإدارة الحق في تعديل العقد الإداري متى اقتضت المصلحة العامة ذلك مع تعويض المتعاقد الآخر إن حدث له ضرر بسبب هذا التعديل. وللإدارة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته وذلك دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء. والسبب في انفراد العقد الإداري بهذه المزايا هو تعلقه بتسيير المرافق العامة ذات الحيوية القصوى بالنسبة للمصلحة العامة.

3 - يوفر القانون العام للأموال العامة التي تملكها الدولة حماية خاصة. لأن هذه الأموال مخصصة للمنفعة العامة، وتخضع لقواعد مختلفة عن تلك التي تخضع لها الأموال الخاصة والتي ينص عليها القانون الخاص.

فالمال العام لا يجوز التصرف فيه بطريقة تعارض تخصيصه للمنفعة العامة، ولا يجوز الحجز عليه أو اكتساب ملكيته بالتقادم أي بوضع اليد عليه مدة معينة. هذا بالإضافة إلى أن عقوبة اختلاس المال العام أشد من عقوبة سرقة المال الخاص أي المملوك للأفراد.

4 - تخضع علاقة الدولة بموظفيها لقواعد مختلفة عن تلك التي تحكم علاقة العامل بصاحب العمل. فعلاقة الموظف بالحكومة تعتبر مركز تنظيمي يخضع للقانون، أما علاقة رب العمل الخاص بعماله ومستخدميه فتعتبر علاقة تعاقدية يحكمها القانون الخاص وبصفة خاصة قانون العمل.

تقوم علاقة الدولة بالموظف على فكرة التنظيم التي تعطيها الحق في تعديل شروط الوظيفة ونظامها بالقدر الذي يتفق مع المصلحة العامة، دون أن يستطيع الموظف الاعتراض على ذلك بحجة الحقوق المكتسبة، بل يلتزم بالخضوع لكافة أحكام الوظيفة التي تحددها القوانين واللوائح من حيث المرتب. والعلاوات والنقل إلى غير ذلك.

أما علاقة العامل بصاحب العمل فتقوم على المبادئ العقدية التي تلزم صاحب العمل بما اتفق عليه مع العامل منذ البداية في تديد حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد العمل.

فالعلاقة الوظيفية توجد فيها الدولة بوصفها صاحبة سلطة وسيادة. وهي علاقة حيوية نظراً لتعلقها بتسيير المرافق العامة. ويترتب على ذلك صعوبة إعطاء الموظفين حرية التوقف عن العمل أو الإضراب لأن في ذلك تعطيل سير المرفق العام الذي يعملون به، بينما يجوز منح حق الإضراب للعمال في نطاق القانون الخاص.

5 ـ تختلف قواعد المسئولية التي ينظمها القانون العام، سواء تعلق الأمر بمسئولية الدولة أو بمسئولية موظفيها، عن أحكام المسئولية في نطاق القانون الخاص.

6 ـ أدى الاختلاف في الطبيعة بين القانون والقانون الخاص إلى وجود جهتين قضائيتين، الأولى جهة القضاء الإداري، للفصل في المنازعات المتعلقة بالقانون العام. وجهة القضاء العادي للفصل في المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص. فنظراً لاختلاف القواعد التي تحكم علاقات القانون العام عن تلك التي تحكم علاقات القانون الخاص، كان من الضروري وجود قضاء مستقل ومتخصص في تطبيق أحكام القانون العام والفصل في المنازعات الإدارية. يسمى هذا القضاء بمجلس الدولة في مصر، ومجلس شورى الدولة في لبنان.

يتضح من الأمثلة السابقة أن القانون العام هو قانون السلطة العامة، فهو ينظم تكوين السلطات العامة في الدولة، والعلاقات فيما بينها وينظم كذلك العلاقات بين هذه السلطات وبين الأفراد. فهو يضم مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التي يكون أحد أطرافها على الأقل شخص يملك السيادة ويتصرف بوصفه هذا. وذلك مثل الدولة أو المحافظة أو هيئة عامة أو مرفق عام كالجامعة مثلاً.

وليست كل علاقة تكون الدولة طرفاً فيها تعتبر من علاقات القانون العام، بل يلزم أن يكون تدخل الدولة بوصفها صاحبة سلطة عامة أي ذات سيادة لتحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فهي تستخدم ميزات خاصة تجعلها في مركز قانوني أقوى من الطرف الآخر.

أما القانون الخاص فيحكم العلاقات بين الأفراد العاديين أو بين الأفراد والدولة في الحالات التي تظهر فيها كشخص عادي تقف على قدم المساواة مع الطرف الآخر، أي لا تستخدم مزايا السلطة العامة، وذلك كأن تشتري إحدى المحافظات بعض الأشياء أو تبيع أملاكها الخاصة أو تستأجر عقارات لاستخدامها في بعض الأغراض. فالعلاقات الناشئة عن هذه الترفات علاقات خاصة تحكمها قواعد القانون الخاص.

أما تدخل الدولة أو الأشخاص العامة بوصفها صاحبة سيادة أو سلطة عامة فيدخل ينطاق القانون العام، مثل نزع الدولة لملكية عقار للمنفعة العامة، والعقود التي تبرمها وتظمنها شروطاً استثنائية مفروضة على الأفراد، وكذلك فرض ضريبة معينة.

وينبغي ملاحظة أنه رغم ثبوت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، إلا أن تلك التفرقة ليست جامدة بل هي تفرقة مرنة تتغير بحسب الزمان والمكان لأن الأمور التي تتعلق بالسلطة والسيادة هي أمور نسبية تتفاوت من مجتمع لآخر.

أضف إلى ذلك أن هناك بعض فروع القانون التي يصعب تصنيفها كلية تحت القانون العام أو القانون الخاص نظراً لأنها تتضمن بعض القواعد التي تتعلق بالسلطة العامة بالإضافة إلى القواعد التي تنظم علاقات الأفراد.

المطلب الثاني

فروع القانون العام

يضم القانون العام عدة فروع هي القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي، وتدخل تلك الفروع ضمن القانون الوضعي المطبق داخل كل دولة من الدول. لذا يمكن أن يطلق عليها مسمى واحد وهو القانون العام الداخلي Le droit public interne، هذا بالمقابلة إلى القانون العام الخارجي Le droit public externe الذي يطبق في الجماعة

الدولية ويحكم العلاقات بين الدول لذا يسمى بالقانون الدولي العام. ونعرض لتلك الفروع على التوالي.

أولاً: القانون الدولي العام:

القانون الدولي العام Le droit internationa public هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول، سواء أكان ذلك في وقت السلم أو أثناء الحرب. وذلك مثل إبرام المعاهدات، والتبادل الدبلوماسي والقنصلي، وطرق فض المنازعات، ومعاملة الأسرى ونظام الحياد والحرب.

وهو يشمل كذلك مركز المنظمات الدولية والعلاقات فيما بينها وعلاقاتها بالدول، سواء في ذلك المنظمات العالمية كالأمم المتحدة أو الإقليمية كجامعة الدول العربية.

وعلى هذا يتضمن القانون الدولي العام عدة موضوعات:

1 ـ القواعد التي تحدد العناصر المكونة للدولة حتى تكتسب الشخصية الدولية ويتم الاعتراف بها كعضو في الجماعة الدولية، وتبين أنواع الدول البسيطة والمركبة، كاملة السيادة أو ناقصة السيادة كالدول تحت الوصاية.

2 ـ القواعد التي تنظم علاقات الدول في وقت السلم، وتبين حقوق الدول وواجباتها قبل بعضها البعض مثل حق السيادة وحق المساواة والاحترام المتبادل. وتتناول علاقات التمثيل السياسي والقنصلي والحصانة الدبلوماسية، وتنظيم الاتفاقات والمعاهدات الدولية، هذا بالإضافة إلى بيان أحكام المسئولية الدولية وطرق فض المنازعات بين الدول سواء عن طريق الوساطة أو عن طريق التحكيم الدولي.

3 ـ يشمل القانون الدولي العام كذلك القواعد التي تنظم علاقات الدول في وقت الحرب، وتسمى هذه القواعد بقانون الحرب، ويتضمن حقوق وواجبات الدول المتحاربة، ومتى تبدأ الحرب ومتى تنتهي، والأسلحة التي يجوز استخدامها والأسلحة المحظور استخدامها، وكيفية معاملة الأسرى

وجرحى الحرب، واتفاقيات الهدنة والصلح، وحقوق الدول المحايدة وواجباتها إزاء الدول المتحاربة.

4 ـ ويتضمن القانون الدولي العام كذلك القواعد المتعلقة بالمنظمات الدولية وتسمى قانون التنظيم الدولي الذي يتناول كيفية إنشاء المنظمات الدولية والإقليمية وعلاقاتها ببعضها وعلاقاتها بالدول، هذا بالإضافة إلى اختصاصات ووظائف هذه المنظمات.

ومن أهم المنظمات الدولية، هيئة الأمم المتحدة بفروعها كمجلس الأمن والجمعية العامة ومحكمة العدل الدولية ومنظمة العمل الدولية. ومن أمثلة المنظمات الإقليمية جامعة الدول العربية. ومنظمة الوحدة الإفريقية ومنظمة الدول المصدرة للبترول.

ويستمد القانون الدولي العام قواعده من عدة مصادر أهمها العرف الدولي. ويتمثل في السلوك الذي اعتادت عليه الدول في علاقاتها ويتولد لديها الاعتقاد بأن هذا السلوك أصبح ملزماً لها. مثال ذلك قواعد الحصانة الدولية الخاصة بالسلك الدبلوماسي والقنصلي. وتعتبر المعاهدات الدولية كذلك مصدراً هاماً للكثير من القواعد الدولية التي تعد بمثابة قواعد تشريعية مكتوبة وملزمة للدول الموقعة عليها. وتلعب المبادئ القانونية العامة المستقرة في النظم القانونية للبلاد المتمدينة دوراً هاماً في خلق قواعد القانون الدولي العام.

هل يعتبر القانون الدولي العام قانوناً بالمعنى الصحيح؟:

يذهب البعض إلى القول بأن قواعد القانون الدولي العام ليست قواعد قانونية بالمعنى الصحيح نظراً لعدم وجود سلطة عليا في الجماعة الدولية تملك سن القواعد الدولية وإجبار الدول على احترامها من خلال توقيع الجزاء على من يخالفها كما هو الحال في القانون الداخلي.

والواقع أن هذا الرأي غير صحيح ولا داعي للتشكك في الطبيعة

القانونية لقواعد القانون الدولي العام للأسباب الآتية:

1 ـ ليس من اللازم لوجود القواعد القانونية قيام سلطة عليا بإصدارها. فالقواعد العرفية تنشأ تلقائياً داخل المجتمع وهي مصدر لقواعد القانون الوضعي، ولذا فإن عدم وجود تشريع صادر عن سلطة عليا في القانون الدولي ليس سنداً لإنكار صفة القانون على قواعده.

2 ـ يتوافر الجزاء بالنسبة لقواعد القانون الدولي العام، إلا أنه جزاء من طبيعة خاصة يتناسب مع طبيعة هذه القواعد وأشخاص المخاطبين بها. وليس من اللازم أن يكون هذا الجزاء من نفس طبيعة الجزاء في القانون الداخلي. ومن الأمثلة على جزاءات القانون الدولي، المقاطعة الدبلوماسية والاقتصادية أو استنكار وإدانة الجماعة الدولية، الحصار الاقتصادي والعسكري، إعلان الحرب، وقف العضوية من المنظمة الدولية أو الفصل النهائي منها.

3 ـ يجب أن نأخذ في الاعتبار الدور الفعال الذي بدأت تلعبه المنظمات الدولية في إرساء وتدعيم وتطبيق قواعد القانون الدولي العام. فهذه المنظمات تعتبر بمثابة سلطات عليا في الجماعة الدولية بما لها من نفوذ أدبي ومادي تجاه الدول الأعضاء. ويبذو ذلك واضحاً من الدور الذي تلعبه هيئة الأمم المتحدة ومحكمة العدل الدولية. حقاً أن هذه المنظمات لا تعتبر سلطات عليا حقيقية فوق الدول إلا أنها تتطور نحو هذا الاتجاه. وينبغي أن لا ننسى طبيعة القانون الدولي العام كقانون حديث النشأة ولا زال في دور التطور والنمو.

ثانياً: القانون الدستوري:

أ ـ تعريف:

يضم القانون الدستوري Le droit Constitutionnel مجموعة القواعد التي تحدد النظام السياسي في الجماعة، وتبين أسس الدولة وشكلها وسلطاتها والعلاقات فيما بينها، وكذلك حقوق الأفراد الأساسية وضمانات حريتهم.

ويتضح من ذلك أن هذا القانون يتناول الموضوعات الآتية:

1 ـ يبين القانون الدستوري شكل الدولة، أي ما إذا كانت دولة موحدة كمصر ولبنان وفرنسا، أو دولة اتحادية كسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية. ويبين كذلك نظام الحكم فيها أي ما إذا كان ملكياً أو جمهورياً، ديمقراطياً أو دكتاتورياً، نيابياً أو غير نيابي.

2 ـ ويبين هذا القانون أيضاً توزيع السلطات العامة في الدولة، والتي تتمثل غالباً في سلطات ثلاث: التشريعية أو الهيئة البرلمانية كمجلس النواب أو مجلس الشعب، التنفيذية التي يباشرها رئيس الحكومة والوزراء بمعاونة موظفي الدولة، والقضائية التي تتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها.

3 ـ ينظم القانون الدستوري علاقة هذه السلطات بعضها ببعض والرقابة المتبادلة فيما بينها، واختصاصات كل منها، وعلاقة هذه السلطات بالمواطنين.

4 ـ يضم هذا القانون كذلك الحقوق الأساسية للأفراد وحرياتهم العامة والحقوق السياسية، كحرية الرأي والعقيدة وحرية الصحافة، وحق الانتخاب. وحق التملك، ومبدأ المساواة أمام القانون وفي الحقوق والواجبات.

ب ـ طبيعة قواعد القانون الدستوري:

القانون الدستوري هو القانون الأساسي، ويسمى بالدستور أو القانون الأسمى الذي يجب ألا يخالفه أي قانون آخر. فالقانون الدستوري يحتل أعلى درجة في النظام القانوني للدولة، ويترتب على ذلك أن القانون العادي والفرعي (اللوائح) لا يجوز لهما مخالفة القانون الدستوري.

والدستور اما أن يصدر في صورة منحة من صاحب السلطان أو السيادة وهو الملك أو الحاكم المطلق في الدول الدكتاتورية، وأما أن يصدر بواسطة جمعية منتخبة من الشعب ويطلق عليها الجمعية النيابية التأسيسية،

واما أن يصدر عن طريق الاستفتاء الدستوري من الشعب على المشروع الذي تقوم بتحضيره هيئة معينة.

والدستور يكون في الغالب مدوناً، وقد يكون عرفياً. فالدستور المدون يصدر في صورة مكتوبة، أما الدستور العرفي كالدستور الانجليزي فتستمد قواعده من العرف الدستوري الذي يتكون على مر السنين دون أن يصدر في وثيقة مدونة في تاريخ معين.

وأخيراً فإن الدستور اما أن يكون مرناً يمكن تعديل قواعده بنفس الطريقة التي يتم بها تعديل القوانين العادية، أي أن التعديل الدستوري يتم عن طريق نفس السلطة التي تعدل القانون العادي وباتباع نفس الإجراءات، واما أن يكون الدستور جامداً يلزم لتعديله إجراءات أكثر تعقيداً وصعوبة عن تلك التي تلزم لتعديل القوانين العادية.

جـ - طبيعة جزاء القانون الدستوري:

تعتبر قواعد القانون الدستوري قواعد قانونية بالمعنى الصحيح. وليس صحيحاً ما يذهب إليه البعض من التشكيك في طبيعة هذه القواعد بحجة عدم توافر صفة الإلزام فيها حيث لا توجد سلطة توقع الجزاء على من يخالفها. والجزاء فيها مجرد جزاء أدبي فقط، لأن السلطة التي تقوم بتوقيع الجزاء هي نفسها المخاطبة بقواعد الدستور، وإذا خالفت تلك القواعد فإنه لا يتصور أن تقوم بتوقيع الجزاء عن نفسها.

هذا القول لا أساس له من الصحة لأنه يقوم على عدم فهم طبيعة قواعد القانون الدستوري ونوعية الجزاء فيها الذي يتفق مع طبيعة أشخاص المخاطبين بها.

ويتمثل الجزاء في القانون الدستوري في الرقابة المتبادلة بين سلطات الدولة. فالبرلمان يستطيع سحب الثقة من الحكومة إذا خالفت قواعد الدستور. ويستطيع كذلك توجيه الأسئلة والاستجوابات إلى أي من الوزراء فيها.

ويمكن لرئيس الدولة حل المجلس التشريعي والأحتكام إلى الشعب من خلال إعادة الانتخابات أو الاستفتاء.

وتقوم السلطة القضائية كذلك في الرقابة على السلطتين التنفيذية والتشريعية فيما يصدر عنهما من قرارات أو قوانين أو أفعال تخالف الدستور، فإذا تبين وجود المخالفة أمكن للقضاء إلغاء العمل أو القرار أو القانون أو إبطاله.

ويبدو الجزاء الحقيقي في رد فعل الشعب على مجاوزة السلطة لوظائفها واختصاصاتها الدستورية، الذي يتمثل في إسقاطها في أقرب انتخابات ديمقراطية يتم إجراءها أو من خلال الثورة عليها في حالة عدم وجود انتخابات صحيحة معبرة.

ثالثاً: القانون الإداري:

القانون الإداري Le droit administratif هو القانون الذي يحكم نشاط الدولة الإداري أي السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية، وتتمثل تلك الوظيفة في حفظ الأمن والنظام وفي إدارة وتسيير أوجه النشاط المختلفة من خدمات وإنتاج وذلك من خلال القيام على أمر المرافق العامة.

ويتضح من هذا التعريف أن القانون الإداري يتناول الموضوعات الآتية:

1 ـ تحديد الأجهزة المختلفة للإدارة وطريقة تشكيلها، وعلاقاتها ببعضها وبالسلطات العامة الأخرى في الدولة. ويمكن القول بأن هناك ثلاثة أنواع من السلطات الإدارية في الدولة: وهي السلطة الإدارية المركزية، والسلطة الإدارية المحلية أو الإقليمية كالمحافظات والمجالس البلدية والمراكز، والسلطة الإدارية المرفقية.

ويتم رسم العلاقة بين السلطة المركزية والسلطة المحلية باتباع أحد أسلوبين المركزية واللامركزية. وتعنى المركزية تجميع كل السلطات في يد

الحكومة المركزية بحيث لا تستطيع الهيئات الإقليمية اتخاذ أي قرار دون الرجوع إليها. ويقتصر دور الإدارة المحلية على تنفيذ توجهيات وتعليمات الإدارة المركزية وترجع إليها في غالبية الأمور.

أما اللامركزية فتعني منح السلطات المحلية نصيباً أوسع من السلطة لتصريف شئونها دون الرجوع إلى الحكومة المركزية. ويتميز هذا الأسلوب بالسرعة والمرونة والفاعلية في تصريف الأمور، لذا تبنته الكثير من الدول ومنها مصر ولبنان.

2 ـ تنظيم المرافق العامة، أي الخدمات التي توفرها الدولة للمواطنين في مجالات الأمن والدفاع والمواصلات والتعليم والصحة. يبين القانون الإداري المرافق التي تقوم بهذه الخدمات وتكوينها وأساليب العمل فيها ونظامها القانوني، هذا بالإضافة إلى بيان صور النشاط الإداري المختلفة، وكيفية ممارستها.

3 ـ يبين القانون الإداري الأموال العامة وأساس تمييزها عن الأموال الخاصة، والنظام القانوني للمال العام وأوجه حمايته والحفاظ عليه. ويجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الدولة تملك نوعين من الأموال يخضع كل منهما لأحكام مختلفة عن الآخر. فهناك المال العام المخصص للمنفعة العامة كالطرق والمباني. ومباني الإدارات الحكومية والمرفقية كالمستشفيات. هذا النوع من الأموال لا يجوز التصرف فيه أو الحجز عليه أو تملكه بالتقادم. وهناك المال الذي تملكه الدلة ملكية خاصة شأنها في ذلك شأن الأفراد وما يمتلكون من أموال خاصة. ومثال ذلك كل ما تنتجه الدولة حصيلة ممارسة النشاط التجاري والصناعي والزراعي. هذا المال يعامل معاملة المال الخاص ويجوز التصرف فيه والحجز عليه كذلك.

4 ـ يتناول القانون الإداري تنظيم علاقة الدولة بالعاملين لديها، أي تنظيم العلاقة الوظيفية، والنظام القانوني للموظفين من حيث التعيين والمراقبة والنقل والتأديب، وكل ما يتصل بواجباتهم الوظيفية والحقوق المقررة لهم، وضمانات حمايتهم.

5 ـ يتضمن القانون الإداري القواعد المنظمة للعمل الإداري، سواء تمثل ذلك في أعمال مادية أو تصرفات قانونية. والتصرف القانوني الإداري أما أن يأخذ شكل القرار الإداري أو العقد الإداري، وفي كلتا الحالتين يعرض القانون الإداري لشروط صحة كل منهما والاثار التي يرتبها كل تصرف.

6 ـ ويشمل القانون الإداري أيضاً الامتيازات التي تتمتع بها السلطة الإدارية في سبيل تحقيق المصلحة العامة. وتتمثل في حق التنفيذ المباشر والسلطة التقديرية في الإدارية، وحق نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، وإمكانية الاستيلاء المؤقت على هذه الملكية.

7 ـ وأخيراً فإن من أهم موضوعات القانون الإداري القواعد التي تحدد طرق الفصل في المنازعات الإدارية، وبصفة خاصة المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد. فالإدارة يمكن أن تتصرف بطريقة تشكل مساساً بحقوق الأفراد سواء تعلق الأمر بعمل مادي أو قرار إداري أو عقد من العقود الإدارية، هنا يحق للأفراد اللجوء إلى القضاء للفصل في هذه المنازعة.

هناك بعض الدول تأخذ بنظام القضاء الموحد الذي يفصل في كل المنازعات العادية والإدارية مثل انجلترا. في ثمل هذه الدول لا يوجد قانون إداري مستقل ولا توجد بالتالي قواعد خاصة بنظر المنازعات الإدارية.

وهناك دول أخرى يوجد فيها قضاء إداري إلى جانب القضاء العادي. هذا القضاء يطلق عليه اسم مجلس الدولة في مصر ومجلس شورى الدولة في لبنان. ويختص بمراقبة مشروعية أعمال الإدارة وإلغائها إذا كانت مخالفة للقانون. والحكم بالتعويض للأفراد الذين وقع عليهم ضرر بسبب هذه الأعمال غير المشروعة. وتأخذ مصر ولبنان بنظام القضاء المزدوج فيوجد فيها إلى جانب القضاء العادي قضاء إداري. ومن ثم فإن القانون الإداري المصري واللبناني يتضمن قواعد تنظيم المحاكم الإدارية وتحديد إختصاصاتها وطرق الطعن أمامها في القرار والأعمال الإدارية.

هذا وينبغي ملاحظة أن القانون الإداري غير مقنن أي أن قواعده لا يجمعها تقنين واحد مثل القانون المدني أو القانون الجنائي، والسبب في ذلك هو أن قواعد القانون الإداري معظمها من خلق القضاء أي أن مصدرها القضاء الإداري وليس التشريع، وهي قواعد مرنة ومتطورة مع تطور الظروف المتغيرة. ومن ثم فإنه من الصعب تجميعها في نصوص ثابتة. أضف إلى ذلك تزايد النشاط الإداري وتشعبه في كافة المجالات على نحو يصعب معه تجميع كل لقواعد التي تحكمه في مجموعة واحدة. لذا فإننا نجد قواعد القانون الإداري مبعثرة في تشريعات متعددة كقانون الإدارة المحلية، وقانون موظفي الدولة، وقانون المرور إلى غير ذلك من القوانين.

رابعاً: القانون المالي:

القانون المالي Le droit financier هو القانون الذي ينظم مالية الدولة، من حيث بيان مواردها المالية من ضرائب ورسوم وإيرادات وقروض، وبيان أوجه الإنفاق. فالقانون المالي يدور حول ميزانية الدولة بما تتضمنه من إيرادات ومصروفات.

ويعتبر هذا القانون في الأصل جزءاً من القانون الإداري حيث كان فرعاً من فروعه ينظم الجانب المالي لنشاط الإدارة ومالية الدولة، إلا أن تشعب موضوعاتتنوعها جعل من المناسب فصله عن القانون الإداري وأصبح فرعاً مستقلاً من فروع القانون العام.

ويتضمن هذا القانون تنظيم القواعد التي تتبع في أعداد الميزانية السنوية للدولة وتنفيذها والرقابة عليها، وتشمل الميزانية الإيرادات والمصروفات. ويطلق على هذه القواعد اصطلاح علم المالية العامة. وهو يبين الأموال التي تنفقها الدولة على المرافق والخدمات وكيفية الحصول على هذه الأموال من الضرائب بكافة أنواعها والرسوم التي تحصلها نظير ما تقدمه من خدمات، والإيرادات التي تعود عليها من عائد المشروعات التجارية والصناعية.

خامساً: القانون الجنائي (الجزائي):

القانون الجنائي le droit Criminel أو الجزائي هو القانون الذي يتضمن القواعد المنظمة لحق الدولة في العقاب وذلك ببيان الأفعال التي تعتبر جرائم والعقوبات المقررة لكل منها، والإجراءات التي تتبع في القبض على مرتكبي الجرائم ومحاكمتهم وتنفيذ العقوبات فيهم.

فالجريمة تعتبر اعتداء على المجتمع ومساساً بالمصلحة العامة لأن ارتكابها يشكل إخلالاً بالأمن والطمأنينة في الجماعة. وتختص الدولة بتوقيع العقوبة على الجانب من خلال الدعوى العمومية التي تتولاها النيابة العامة بوصفها ممثلة للمجتمع.

والقانون الجنائي أو الجزائي ينقسم قسمين: قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية.

أ ـ قانون العقوبات:

يتضمن قانون العقوبات Le droit pénal تحديد الأفعال التي يعتبر ارتكابها جريمة، وبيان العقوبة المقررة لكل فعل وذلك تطبيقاً للمبدأ الدستوري القائل بأنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص. فالأصل في الأفعال الإباحة وأنه لا يمكن العقاب على ارتكاب فعل إلا إذا وجد نص تشريعي يقضي بذلك، ولا يكفي مجرد العرف. والقاعدة أن قوانين العقوبات ليس لها أثر رجعي. فهي لا يمكن أن تطبق إلا من يوم صدورها. ولا تسري على الأفعال التي تم ارتكابها قبل نفاذها.

ويبين قانون العقوبات شروط المسئولية الجنائية من خلال تحديد أركان الجريمة وشروطها وأسباب تخفيق العقوبة أو تشديدها أو الإعفاء منها. ويطلق على ذلك الأحكام القسم العام أو النظرية العامة للقانون الجنائي. ويتناول هذا القسم أركان الجريمة من الناحية القانونية. وتتمثل هذه الأركان في الركن الشرعي أي النص على تجريم الفعل، والركن المادي أي القيام

بنشاط إجرامي معين. والركن المعنوي وهو العلاقة الذهنية بين الجاني والفعل، كنية إصابة الشخص عند توجيه الضربة إليه، هذا بالإضافة إلى ضرورة توافر أهلية المسائلة الجنائية أي الأهلية لدى مرتكب الفعل ليكون مسئولاً مسئولية جنائية.

ويتضمن قانون العقوبات كذلك القسم الخاص الذي يبين الشروط الخاصة بكل جريمة سواء تعلق الأمر بالجرائم التي تقع على الدولة كالإخلال بالأمن الداخلي أو الخارجي أو اختلاس الأموال الأميرية أو الرشوة أو تزييف العملة، أو بالجرائم التي تقع على الأفراد في أجسامهم كالقتل أو الضرب، أو في اعتبارهم كالقذف أو السب، أو على أموالهم كالسرقة أو خيان الأمانة.

والجريمة ثلاثة أنواع: الجناية والجنحة والمخالفة. والعقوبات الجنائية اما أن تكون أصلية وهي الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس والغرامة، واما أن تكون تبعية مثل المصادرة والفصل من الخدمة.

ب - قانون الإجراءات الجنائية (أصول المحاكمات الجزائية):

يوجد إلى جانب قانون العقوبات الذي يتضمن القواعد الموضوعية في القانون الجنائي، قانون الإجراءات الجنائية Droit Instructions Criminelles الذي يتضمن القواعد الشكلية في هذا القانون لأنه يقتصر على بيان كيفية تطبيق قانون العقوبات.

فهو يبين الإجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع الجريمة حتى تنفيذ الحكم الصادر فيها، وذلك من خلال تحديد قواعد التحقيق والتفتيش وجمع الأدلة والإحالة إلى المحاكمة والسلطات المختصة بذلك، وبيان الحاكم الجنائية وتشكيلها وأحكامها وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذ الأحكام والعقوبات المحكوم بها على الجاني.

المطلب الثالث

فروع القانون الخاص

يتضمن القانون الخاص عدة فروع هي: القانون المدني والقانون التجاري، والقانون البحري والقانون الجوي، وقانون العمل وقانون التأمين الاجتماعي، وقانون المرافعات، والقانون الدولي الخاص.

أولاً: القانون المدني:

يعتبر القانون المدني Le droit Civil الفرع الأساسي للقانون الخاص. فقد كان ينظم كافة علاقات التعامل بين الأفراد، إلا أن بعض هذه العلاقات قد انفصلت لتنظمها فروع مستقلة من القانون، مثل القانون التجاري وقانون العمل والقانون الزراعي. لذلك فإن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة أو القانون الأصلي الذي ينبغي الرجوع إليه وتطبيق أحكامه في حالة عدم وجود نص خاص بالعلاقة محل النزاع.

يضم القانون المدني طائفتين من القواعد، الأولى تنظم علاقات الأحوال الشخصية والثانية علاقات الأحوال المالية.

(أ) بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية Statut personnel فتضم كل العلاقات التي تنشأ من نظام الأسرة، أي علاقات الإنسان داخل أسرته، من انعقاد الزواج وآثاره وانحلاله، ومسائل البنوة والنسب والنفقة والقرابة، وغير ذلك من المسائل المرتبطة والمتفرعة كحالة الأشخاص وأهليتهم والولاية والوصاية، وبدء شخصية الإنسان وانتهائها وخصائص هذه الشخصية من اسم وموطن وأهلية، هذا بالإضافة إلى المواريث والوصايا والهبات.

(ب) أما عن المعاملات المالية أو مسائل الأحوال العينية Statut réel فتشتمل نوعين من القواعد:

1 ـ الحقوق الشخصية أو الالتزامات أو حقوق الدائنية (الموجبات). والحق الشخصي هو رابطة مالية بين شخصين، يلتزم بمقتضاها أحدهما

وهو المدين بأن يؤدي لمصلحة الطرف الآخر وهو الدائن حقاً ذا قيمة مالية. ويتضمن القانون المدني القواعد التي تبين مصادر الالتزام وآثاره وانتقاله وانقضائه وإثباته وأوصافه. هذا بالإضافة إلى القواعد التي تنظم العقود المدنية كالبيع والإيجار والشركة والتأمين وغيرها، والتي تعد أحكامها تطبيقاً للقواعد العامة في الالتزامات.

2 ـ الحقوق العينية، ويقصد بالحق العيني السلطة المباشرة التي تثبت للشخص على شيء مادي معين بالذات، ويستطيع بمقتضى هذه السلطة القيام بأعمال معينة للاستفادة من هذا الشيء. والحقوق العينية نوعان، الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق، والحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية كحق الرهن بنوعيه الحيازي والرسمي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز.

ويتضمن التقنين المدني في غالبية الدول الحديثة كل القواعد المتقدمة التي تنظم مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الأحوال العينية. إلا أن القانون المدني، في أغلب الدول العربية، يضم فقط الأحوال العينية أما الأحوال الشخصية فتنظمها قوانين الأحوال الشخصية والشرائع الدينية للطوائف المختلفة.

وكذلك الحال بالنسبة للقانون المصري حيث ترك مسائل الأحوال الشخصية منظمة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بقوانين خاصة بكل من الميراث والوصية والوقف والولاية على المال. أما بقية مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق وثبوت النسب فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين، ولقواعد الطوائف المسيحية بالنسبة للمسيحيين، ولأحكام الشريعة اليهودية بالنسبة لليهود.

وبالنسبة للقانون المدني اللبناني فلا يوجد في تقنين واحد كما هو الحال في مصر، بل تتوزع قواعده على عدة تشريعات أهمها قانون الملكية

العقارية وقانون الموجبات والعقود. أما أنظمة الأحوال الشخصية فتخضع للشرائع الدينية للطوائف المختلفة.

ويستمد القانون المدني المصري أحكامه من عدة مصادر:

1 ـ القانون المدني القديم حيث أخذ منه المشرع الكثير من الأحكام التي لا تزال صالحة في التطبيق ومتفقة مع ظروف العصر.

2 ـ أحكام القضاء المصري، حيث فضل المشرع الحفاظ على الثروة التي أرساها القضاء من المبادئ والتقاليد والنظريات وقننها بطريقة حديثة مثل نظرية الحوادث الطارئة، وضمان المؤجر للعيوب الخفية، حقوق الجوار، رهن الحصة الشائعة.

3 ـ الفقه الإسلامي، حيث اعتمد المشرع على الشريعة الإسلامية إلى حد كبير بين مصادره، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع أو العرف، وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة من أحكامه. ولا ينكر ما للفقه الإسلامي من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمي، ومن أمثلة الأحكام المأخوذة عن الشريعة الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة ومجلس العقد وإيجار الوقف والحكر وإيجار الأرض الزراعية وانقضاء الإيجار بموت المستأجر وبيع المريض مرض الموت والغبن وتبعة الهلاك في البيع وغرس الأشجار والعلو والسفل والشفعة إلى غير ذلك من أحكام.

4 ـ القانون المقارن أو التقنينات الحديثة، حيث حرص المشرع على الاستفادة من هذه التقنينات في نواحي الصياغة والأسلوب وبعض الجوانب الموضوعية. حاول المشرع أن ينتفع بمزاياها وأن يتوقى عيوبها، وهذا كله في حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤنا وفقهنا. وأهم التقنينات التي تم الرجوع إليها، الفرنسي والإيطالي والسويسري والألماني والبولوني وبعض التقنينات الجرمانية.

ثانياً: القانون التجاري:

القانون التجاري Le droit commercial هو مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التجارية أي علاقات التجار، والأعمال التجارية، وتشمل هذه القواعد الموضوعات الآتية:

1 ـ بيان الصفات التي يجب توافرها في الشخص حتى يكون تاجراً. فالقانون التجاري يبدأ بتحديد الأشخاص الذين يتوافر لهم وصف التجار، وما يترتب على توافر هذا الوصف، من مركز قانوني محدد يخول التاجر بعض الحقوق ويلزمه بعدة التزامات كإمساك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري.

2 ـ تحديد الأعمال التجارية التي يتحدد على ضوئها نطاق تطبيق هذا القانون، وكافة مظاهر النشاط التجاري كأعمال السمسرة والبورصة والوكالة بالعمولة وعقود النقل والرهن التجاري. هذا بالإضافة إلى كافة العقود التجارية، والأوراق التجارية التي تشمل الشيك والكمبيالة والسند الإذني والأسهم وسائر عمليات البنوك.

3 ـ ينظم القانون التجاري الشركات التجارية بأنواعها المختلفة شركات الأشخاص من تضامن وتوصية بسيطة، وشركات الأموال من توصية بالأسهم ومساهمة وذات مسئولية محدودة، ويتناول تنظيم هذه الشركات أحكام إنشائها ونشاطها وانقضائها.

4 ـ ينظم القانون التجاري كذلك إفلاس التاجر في حالة التوقف عن سداد ديونه، فيعين شروط الحكم بالإفلاس وشهره وإجراءاته وما يترتب على ذلك من آثار بالنسبة للدائنين وبالنسبة للتاجر.

5 ـ يتناول القانون التجاري موضوعات أخرى كثيرة مثل براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والأسماء والعلامات التجارية، هذا بالإضافة إلى القواعد المنظمة للغرف التجارية واتحاد الصناعات والبورصات التجارية.

استقلال القانون التجاري عن القانون المدني:

الموضوعات التي ينظمها القانون التجاري تعتبر معاملات مالية بين الزفراد لذا كانت جزءاً من القانون المدني، إلا أنها استقلت بسبب طبيعتها الخاصة التي تتسم بالسرعة والثقة والائتمان مما لا يتلائم مع بعض القيود التي يفرضها القانون المدني:

- فالتجارة تقتضي سرعة التعامل لأن المعاملات التجارية كثيرة التقلب وتتطلب التداول المستمر لنقل البضائع. ولن تتحقق هذه السرعة إلا من خلال إجراءات مبسطة تتسم بالحرية ولا تتقيد بالقيود التي يتطلبها القانون المدني في المعاملات المدنية ذات الطابع البطيء والمتأني.

ويبدو ذلك في مجال الإثبات، فالقانون التجاري يجيز إثبات المعاملات التجارية بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية لأن تلك المعاملات تتم بسرعة شفاهة أو بالبرق أو بالتليفون أو بالتلكس. وذلك بخلاف الحال في القانون المدني الذي يتطلب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية التي تصل قيمتها حداً معيناً.

- وتقتضي المعاملات التجارية كذلك الثقة والائتمان، حيث يعد ذلك من أهم عوامل ازدهار النشاط التجاري. فمثلاً يعتد بالدفاتر التجارية في إثبات حقوق التاجر وتقدير الضرائب المستحقة عليه، بالرغم من أنه هو الذي يحررها بيده وذلك بشرط أن تكون هذه الدفاتر منتظمة.

تبدو الثقة التجارية من خلال وسائل الوفاء والائتمان التجاري التي ابتكرها العرف التجاري فيما يسمى الأوراق التجارية كالكمبيالة والسند الإذني والشيك، وهي تمثل بديلاً عن النقود في وفاء التجار لالتزامتهم. وكان من اللازم أن تتوافر الثقة في هذه الأوراق وضرورة تداولها بمجرد التأشير عليها أو تسليمها.

وتتأكد هذه الثقة كذلك من خلال شدة الجزاء الذي يقرره القانون

التجاري بالنسبة للتاجر المتوقف عن دفع ديونه الحالة مما يخل بالائتمان التجاري، ويتمثل هذا الجزاء في شهر إفلاسه، ورفع يده عن إدارة أمواله وحرمانه من العمل في التجارة، هذا بالإضافة إلى إمكان الحكم عليه بعقوبات معينة إذا كان إفلاسه ناجماً عن الغش والتدليس من جانبه. ولعل السبب في قسوة الجزاء الذي يتعرض له التاجر المتوقف عن الدفع هو إن هذا التوقف من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب المعاملات التجارية لأن كل تاجر يعتبر مديناً أو دائناً في نفس الوقت بسبب تداول البضائع بين التجار اعتماداً على الثقة.

ومن الأمثلة على استقلال القانون التجاري عن القانون المدني كذلك افتراض التضامن بين المدينين في المعاملات التجارية بمعنى أنه إذا كان هناك عدة مدينين في نفس الدين فإن كلا منهم يكون مسئولاً عن الوفاء بكل الدين وليس بحصته فقط. ويستطيع الدائن أن يرجع على أي مدين منهم بهذا الدين، وذلك خلاف الحال في القانون المدني الذي يكون الأصل فيه عدم التضامن ولا يسأل المدين إلا عن حصته في الدين فقط، وذلك ما لم يكن هناك نص قانوني أو اتفاق بين الأطراف على ذلك. فالتضامن لا يفترض في القانون المدني.

يتضح مما سبق أن ضرورة السرعة والثقة والائتمان في المعاملات التجارية كانت السبب وراء استقلال القانون التجاري بقواعد مختلفة تتفق مع طبيعته عن القانون المدني، إلا أن هذا الاستقلال لا يعني انقطاع الصلة بين كل من القانونين. فلا يزال القانون المدني هو الأصل أو الشريعة العامة حيث تطبق أحكامه في الحالات التي لا يوجد فيها نص في القانون التجاري.

ثالثاً: القانون البحري والقانون الجوي:

يعتبر كل من القانون البحري والقانون الجوي جزءاً من القانون التجاري، إلا أن كل منهما يزداد استقلالاً مع تقدم الأنشطة الملاحية البحرية والجوية.

أ ـ القانون البحري:

ينظم القانون البحري Le droit maritime النشاط التجاري أي المعاملات التي تنشأ بمناسبة الملاحة البحرية، لذا فهو يرد أساساً على السفينة باعتبارها أداة التجارة البحرية، ويتضمن ذلك التنظيم القانوني للسفينة سواء من حيث الاسم والتسجيل والجنسية، والعقود التي ترد عليها مثل عقد البيع، وعقد التجهيز، وعقد رهن السفينة وعقد التأمين عليها.

ويتناول القانون البحري عقد العمل البحري، والمركز القانوني للربان وعلاقته بصاحب السفينة وبالعاملين عليها، ومسئولية مالك السفينة والربان، هذا إلى جانب أحكام عقد النقل البحري ومسئولية الناقل.

وينظم القانون البحري المسائل المتعلقة بالأخطار التي تتعرض لها السفينة أثناء الرحلة البحري كالإنقاذ والمساعدة والتصادم والخسائر البحرية والكوارث البحرية والحطام البحري.

ويرجع استقلال القانون البحري عن القانون التجاري بقواعد خاصة إلى طبيعة النشاط البحري وأداته. فالسفينة ذات قيمة كبيرة تتعرض لأخطار خاصة أثناء الملاحة. وتتم الرحلة لمسافات طويلة بعيدة عن رقابة صاحب السفينة. أضف إلى ذلك الطابع الدولي للرحلة البحرية حيث تتم بين عدة دول مما دعا إلى وجود كثير من الاتفاقيات الدولية كمصدر من مصادر القانون البحري، مثال ذلك اتفاقية بروكسل الخاصة بالمساعدات والإنقاذ والمصادمات البحرية لعام 1910، وتلك الخاصة بسندات الشحن لعام 1924.

ب ـ القانون الجوي:

يتناول القانون الجوي Droit aérein المسائل المتعلقة بالملاحة الجوية والواردة أساساً على الطائرة. ويدخل في ذلك تسجيل الطائرة وجنسيتها والنظام القانوني لطاقمها، وعقد النقل الجوي ومسئولية الناقل، هذا بالإضافة إلى التأمين الجوي والمسئولية عن التصادم واختطاف الطائرات والجرائم التي ترتكب على متنها.

ونظراً للطبيعة الخاصة للرحلة الجوية وربطها بين أكثر من دولة، تعد الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر القانون الجوي.

رابعاً: القانون الزراعي:

يتمثل القانون الزراعي Droit rural ou agraire في مجموعة القواعد التي ترتبط بالأرض الزراعية أو بالاستغلال الزراعي في صورة إيجار أو مزارعة. هذا بالإضافة إلى القواعد التي تحمي الثروة الزراعية والحيوانية.

ينظم القانون الزراعي بيان الحد الأقصى للملكية الزراعية في مصر سواء تعلق الأمر بملكية الأسرة أو بملكية الفرد، وقوانين تملك الأجانب للأرض الزراعية، هذا إلى جانب تنظيم الاستغلال الزراعي فيما يتعلق بتنظيم الائتمان والتعاون والعمل الزراعي وكل ما يتعلق بالجمعيات الزراعية.

خامساً: قانون العمل والتأمينات الاجتماعية:

يضم قانون العمل Droit de travail القواعد التي تحكم العلاقات القانونية بين العمال وأصحاب الأعمال. وهي علاقات مبنية على تبعية العامل لرب العمل. فالعمل يتم لحساب أشخاص آخرين، مقابل أجر محدد، وتحت إشرافهم وتوجيههم.

وقانون العمل من الفروع الحديثة نسبياً حيث كانت علاقات العمل محكومة بقواعد القانون المدني، ولا زالت تلك القواعد الشريعة العامة لتكملة الأحكام التي تحكم عقد العمل، أي يتم الرجوع للقانون المدني في حالة عدم وجود نص خاص في قانون العمل.

أدت الثورة الصناعية إلى ظهور طبقة كبيرة من العمال التي عانت من الظلم والاستغلال نتيجة سيادة المذهب الفردي الذي ترك الحرية الاقتصادية لأصحاب الأعمال في أن يستخدموا العمال طبقاً لقانون العرض والطلب مما أدى إلى التحكم في العمال وتشغيل النساء والأطفال وانخفاض الأجور وكثرة حوادث العمل دون حماية.

كان من الطبيعي أن ينهض العمال وتتوحد صفوفهم ضد هذا الظلم للمطالبة بحقوقهم ورفع الاستغلال، وناصرهم في ذلك المفكرون والفلاسفة أنصار المذهب الاشتراكي والعدالة الاجتماعية، مما أدى إلى ظهور التشريعات العمالية ذات الطابع الاجتماعي لتنظيم علاقة العمل على نحو يكفل حد أدنى للأجر وتحديد ساعات العمل وضمانات تشغيل النساء والأطفال، وحماية العمال ضد البطالة وحوادث المهنة، وكانت تلك التشريعات نواة ظهور قانون العمل الذي استمر في التطور والاستقلال والقوة بسبب الطبيعة الامرة لغالبية نصوصه التي تكفل حماية العامل، ومن ثم يبطل الاتفاق المخالف لحكم من الأحكام المقررة لمصلحة العامل.

وكان من شأن الطبيعة الآمرة للكثير من قواعد قانون العمل أن اعتبره البعض فرعاً من فروع القانون العام أو على الأقل من القوانين المختلطة التي تنتمي إلى كل من القانون العام والقانون الخاص، ويستندون في ذلك إلى أن قانون العمل أصبح يضم بين أحكامه بعض القواعد المتعلقة بالقانون العام مثل مكاتب تشغيل العاطلين والعاجزين، ضرورة تسجيل عقد العمل المشترك لدى جهة إدارية معينة. ونظام التفتيش على أماكن العمل، وقواعد التجريم والعقاب الخاصة بمخالفة أحكام قانون العمل. ففي مثل هذه الحالات تظهر الدول بوصفها صاحبة سلطة عامة لتنظيم علاقات العمل وحماية الطبقة العاملة.

إلا أن الرأي الغالب يرى انتماء قانون العمل إلى القانون الخاص لأن العبرة بالقواعد الغالبة والأساسية في هذا الفرع والتي تدور حول علاقات خاصة بين العمال وأصحاب الأعمال.

ويتناول قانون العمل تنظيم علاقات العمل من حيث الزمان من خلال تحديد ساعات العمل وأوقات الراحة والإجازات، وتنظيم عمل النساء والأحداث، وضمان سلامة العاملين والرعاية الصحية، وتحديد الأجور

وضماناتها، وحماية العمال من نظام الفصل التعسفي والجزاءات التأديبية التعسفية.

وتتضمن قواعد قانون العمل كذلك بالإضافة إلى عقد العمل الفردي، علاقات العمل الجماعية وعقود العمل المشتركة ومسائل فض المنازعات من التوفيق والتحكيم العمالي، وتنظيم النقابات العمالية واختصاصاتها.

قانون التامين الاجتماعي (الضمان الاجتماعي):

وظهرت إلى جانب قانون العمل، قوانين التأمينات الاجتماعية التي ارتبطت في البداية بفكرة تأمين الطبقة العمالية من مخاطر إصابات العمل والعجز والشيخوخة والبطالة، إلا أن تلك القوانين بدأت حديثاً في الانتشار لتغطي كافة طبقات الشعب وأصبح التأمين الاجتماعي حقاً من الحقوق الإنسانية.

فلم يعد التأمين الاجتماعي Securité sociale قاصراً على العمال، بل امتد ليغطي كل فئات القوى العاملة، بما في ذلك أصحاب الأعمال وباقي أفراد الشعب، ويشمل التأمين الاجتاعي تغطية كافة المخاطر الاجتماعية من مرض وبطالة وعجز وشيخوخة ووفاة.

سادساً: قانون المرافعات (أصول المحاكمات المدنية):

يتضمن قانون المرافعات مجموعة القواعد المتعلقة بتنظيم الإجراءات الواجب اتباعها أمام القضاء لحماية الحقوق المدنية. المعتدي عليها أو المتنازع فيها، ويطلق عليه قانون المرافعات المدنية والتجارية Droit de procédure civile et Commerciale أو القانون القضائي الخاص ويطلق عليه في لبنان أصول المحاكمات المدنية.

ويعتبر قانون المرافعات قانون شكلي أو إجرائي، مثل قانون الإجراءات الجنائية، لأنه ينظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم بشأن الحقوق التي

تقررها قواعد القانون الخاص، وبصفة خاصة قواعد القانون المدني والقانون التجاري وقانون العمل.

ويضم هذا القانون القواعد الخاصة بتشكيل المحاكم واختصاصاتها وطرق رد القضاة وعدم صلاحيتهم، وإجراءات رفع الدعوى وسير الخصومة أمام القاضي وإصدار الأحكام وطرق الطعن فيها من معارضة أو استئناف أو نقض أو التماس إعادة النظر، ومسائل تنفيذ الأحكام.

ويعتبر قانون المرافعات من فروع القانون الخاص لأنه القانون المختص بحماية الحقوق الخاصة. إلا أن البعض يرى أنه فرع من فروع القانون العام لأنه يعنى بتنظيم السلطة القضائية وهي سلطة من سلطات الدولة. ويذهب آخرون إلى اعتباره من القوانين المختلطة لأنه يتضمن بعض المسائل المتصلة بالقانون العام والبعض الآخر المتصل بالقانون الخاص.

سابعاً: القانون الدولي الخاص:

القانون الدولي الخاص Droit international privé هو مجموعة القواعد التي تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ومدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتعلقة بتلك العلاقات، هذا بالإضافة إلى قواعد الجنسية والموطن ومركز الأجانب.

وتكون العلاقة ذات عنصر أجنبي إذا كان أحد أطرافها أجنبياً، أو كان محلها مالاً موجوداً بالخارج، أو كان مصدرها عقداً مبرماً في بلد آخر.

فقد يتزوج مصري من لبنانية بفرنسا، فما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي قد يحدث بينهما بشأن الطلاق أو النفقة أو البنوة، وما هي المحكمة التي تختص بنظر هذا النزاع؟ وهل يتغير الحكم إذا كان النزاع بشأن عقار موجود بدولة أخرى كسويسرا؟ وما هي الجنسية التي تكون للأبناء؟ وهل من حق الأبوين أو الأولاد الاحتفاظ أو اكتساب جنسية معينة؟ وما هو مركزهم القانوني كأجانب في الدولة المستضيفة؟.

فالقانون الدولي الخاص يجيب على مثل تلك التساؤلات، وعلى هذا فهو يضم عدة مجموعات من القواعد:

1 ـ قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي. وتبين الحالات التي يختص فيها القضاء الوطني بنظر المنازعات التي يكون فيا عنصر أجنبي.

2 ـ قواعد تنازع القوانين، وتبين القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، حيث يوجد هناك أثر من قانون محتمل التطبيق على النزاع المعروض.

3 ـ قواعد الجنسية، التي تحدد الأشخاص الذين يتمتعون بالجنسية الوطنية، وكيفية اكتساب هذه الجنسية وأسباب زوالها.

4 ـ القواعد التي تحدد مركز الأجانب في الدولة وما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، والقواعد الخاصة بالموطن أي التي تتعلق بتوطن الأجانب في الدولة.

ويجري العمل على اعتبار القانون الدولي الخاص من فروع القانون الخاص، بالرغم من أنه يضم بعض القواعد التي تنتمي إلى القانون العام مثل قواعد الجنسية والموطن ومركز الأجانب لأنها تتعلق بتحديد شعب الدولة والعلاقات بين الدولة والأفراد. ولعل ذلك هو الذي دفع البعض إلى القول بأن القانون الدولي الخاص يعد من الفروع المختلطة بين القانون العام والقانون الخاص.

المبحث الثاني
القواعد الآمرة والقواعد المكملة

(أ) أساس التقسيم:

ينظم القانون علاقات الافراد بطريقة تختلف حسب طبيعة وأهمية المصلحة موضوع العلاقة. فإذا تعلق الأمر بموضوع وثيق الصلة بالجماعة، عظيم الأثر في حياتها، تدخل القانون لتنظيمه بقواعد ذات طبيعة آمرة أي تتسم بالإلزام الذي لا يسمح فيه للأفراد الاتفاق على ما يخالفه.

أما في حالة تعلق الأمر بمصالح خاصة بالأفراد فإن القانون يترك حرية تنظيم هذه المصالح وفقاً لما يرتضونه. إلا أنه يضع في نفس الوقت قواعد تنظيم هذه المصالح وتطبق في الحالة التي لا يتفق فيها الأفراد على حكم معين، تلك القواعد تسمى بالقواعد المكملة أو المفسرة Régles supplétives ou interprétatives.

فالقواعد الآمرة Régles impératives هي التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها. وإذا حاول الأفراد مخالفة هذه القواعد وقع تصرفهم باطلاً ولا يعتد به قانوناً. ومن أمثلة القواعد الآمرة تلك المتعلقة بمنع الاعتداء على جسم الإنسان أو ماله، وتلك المرتبطة بالضرائب، والتي تعين المحرمات من النساء، وتلك التي تحظر التعاقد على إرث غير مستحق أو تركة مستقبلة[1] فقد قدرر المشرع أن مثل هذه الأمور تتعلق بإقامة النظام في

---

(1) م 1/346 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وانظر كذلك المادة 380 التي تحظر على القضاة والمحامين وكتبة المحاكم شراء الحقوق المتنازع عليها والداخلة في حيز اختصاص المحاكم التي يعملون فيها.

الجماعة، ومن شأن السماح للأفراد التعديل فيها أن يؤدي إلى المساس بالمصالح الأساسية للمجتمع.

أما القواعد المكملة فهي تلك التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، أو هي تكمل إرادة الأفراد في تنظيم المسائل التي تتعلق بمصالحهم يترك لهم القانون حرية تنظيمها. فالأفراد في معاملاتهم يتفقون أحياناً على المسائل الجوهرية دون التفصيلية أو الثانوية التي كثيراً ما يثور بصددها العديد من المنازعات بعد ذلك، لهذا يضع القانون أمام الأفراد نموذجاً في صورة قاعدة مكملة أن شاءوا أخذوا بحكمه وإن شاءوا اتفقوا على ما يخالفه. أي أنه في حالة سكوت الأفراد عن تنظيم المسألة طبق الحكم الذي أورده القانون في القاعدة المكملة.

ومن أمثلة القواعد المكملة تلك التي تقضي بأن ثمن المبيع يدفع في مكان ووقت تسليم المبيع، فهي تطبق إذا لم يتفق الأفراد على مكان ووقت آخر للوفاء بالثمن[1]. كذلك القاعدة التي تقضي بأن نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته في رأس المال ويستطيع الشركاء الاتفاق على التوزيع بنسب تختلف عن ذلك، ولكن القاعدة تطبق في حالة عدم الاتفاق على ما يخالفها.

(ب) صفة الإلزام في القاعدة القانونية المكملة:

لا شك في أن كل قواعد القانون تعتبر ملزمة. وصفة الإلزام تبدو واضحة في القواعد الامرة. أما القواعد المكملة فنظراً لإمكان الاتفاق على ما يخالفها فإن صفة الإلزام تبدو محل شك أو تساؤل.

تعتبر القواعد المكملة ملزمة هي الأخرى ولكن هذا الإلزام مرهون بشرط هو عدم الاتفاق على ما يخالفها. فهذا الشرط لازم لتطبيق القاعدة القانونية ولا ينفي عنها وصف الإلزام. كل ما في الأمر أن كل قاعدة قانونية

---

(1) م 463 مدني مصري، م 405 موجبات وعقود لبناني.

تتطلب شروطاً معينة لتطبيق حكمها، ومن شروط تطبيق القاعدة المكملة عدم وجود اتفاق مخالف.

(جـ) معيار التفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة:

نظراً للاختلاف الهام بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة كان من الضروري وضع معيار للتفرقة بين النوعين من القواعد. وهناك معياران في هذا الصدد.

1 ـ المعيار المادي أو اللفظي: ويقوم على أساس الرجوع إلى عبارات النصوص القانونية نفسها. فقد تتضمن القاعدة القانونية نفسها عبارة تعبر عن طبيعتها.

فالقاعدة الآمرة قد تتضمن فرض عقوبة على من يخالفها مثل قواعد قانون العقوبات التي تعتبر كلها آمرة. وقد تنص القاعدة على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو عدم الاعتداد به. مثال ذلك النص الذي يقي بأن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلاً ولو كان برضاه. والقاعدة التي تقرر بأنه إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو خسائرها كان عقد الشركة باطلاً.

ومن أمثلة القواعد التي تدل النصوص على صفتها المكملة تلك التي تقضي بأن نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. وتلك التي تقضي بأن يكون ثمن المبيع مستحق الوفاء في مكان وزمان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك[1].

ففي الحالات السابقة تدل عبارات النص بوضوح على طبيعة القاعدة ومدى جواز الاتفاق على ما يخالفها، إلا أنه كثيراً ما لا تتضمن القاعدة

---

(1) م 462، 463 مدني مصري، م 413، 463، موجبات وعقود لبناني.

القانونية ما يفيد التعرف على كونها آمرة أو مكملة، لذلك يتم الالتجاء إلى معيار آخر وهو المعيار المعنوي.

2 ـ المعيار المعنوي: ومقتضاه أن القواعد التي تتعلق بالمصالح الأساسية والحيوية في الجماعة تعتبر ذات طبيعة آمرة. وهذا ما يعتبر عنه بالنظام العام والآداب. أي أن القواعد الآمرة هي التي تتعلق بالنظام العام والآداب أما القواعد المكملة فتتعلق بالمصالح الخاصة بالأفراد. ولكن ما هو النظام العام والآداب؟.

النظام العام Lص‌Ordre public يتمثل في مجموع المصالح الأساسية للجماعة أي الأسس والدعامات التي تمثل الحد الأدنى الذي لا يتصور بقاء الجماعة بدونه. تلك الأسس قد تكون ذات طبيعة سياسية وتتصل بها القواعد التي تحدد السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ونظام الحكم في الدولة، وقد تكون الأسس اقتصادية وتتصل بها القواعد المتعلقة بالتأميم والقطاع العام ورسم الخطة والعملة. وقد تكون الأسس اجتماعية كنظام الأسرة والأهلية وعلاقات العمل. فكل القواعد المتصلة بالأسس السابقة تعتبر ذات طبيعة آمرة.

أما الآداب Les bonnes moeurs فيقصد بها مجموع الأسس الخلقية التي يقوم عليها بنيان المجتمع وكيانه المعنوي أي الحد الأدنى من قواعد الأخلاق اللازم لحفظ كيان الجماعة وبقائها والتي يؤدي تخلفها إلى انحلاله. ومن أمثلة القواعد المتعلقة بالآداب تلك التي تحرم الاتفاقات الخاصة بالدعارة والقمار.

ولا يوجد معيار ثابت لفكرة النظام العام والآداب لأنها تتسم بالمرونة والنسبية فهي تختلف باختلاف الزمان والمكان. وتتطور من وقت لآخر بل أنها تتفاوت حسب طبيعة الوسط الاجتماعي. فالرق كان مباحاً في وقت من الأوقات.و تعدد الزوجات يخالف النظام العام والآداب في الدول الأوروبية. وما يخالف الآداب في مجتمع ريفي قد يخالفه في مجتمع مدني. وقد يختلف

الأمر في المجتمع الشرقي عن نظيره الأوروبي وهكذا. والنظام العام السياسي أو الاقتصادي يختلف مفهومه في المجتمع الاشتراكي عنه في المجتمع الرأسمالي.

وأمام مرونة فكرة النظام العام والآداب فإن للقضاء سلطة واسعة في تحديد مضمون كل منهما نظراً لعدم ثبات ونسبة هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان. إلا أن القاضي لا يقدر ذلك بمعيار شخصي أي استناداً إلى عقيدته ورأيه، بل هو مقيد بالاتجاهات السائدة في الجماعة أياً كانت ميوله أو معتقداته الشخصية أي أن معيار قياس النظام العام والآداب هو معيار موضوعي وليس شخصي، يستلهم فيه القاضي - ليس ميوله أو معتقداته الشخصية - بل ضمير الجماعة واتجاهاتها والروح العامة للنظام القانوني السائد. لهذا فإنه يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض.

(د) مجال القواعد الآمرة والقواعد المكملة:

رأينا أن كل ما يتعلق بالنظام العام والآداب يعتبر من قبيل القواعد الآمرة. والقاعدة الآمرة تعتبر قيداً على سلطان الإرادة في إبرام التصرفات القانونية، بمعنى أن إرادة الأفراد تلتزم بالانصياع لهذه القاعدة، بحيث يكون الاتفاق أو التصرف المخالف باطل بطلاناً مطلقاً، أي لا يقبل الإجازة أو التصحيح. ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان. وعلى القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أحد الخصوم لأن الأمر يتعلق بالمصلحة العامة.

وفكرة النظام العام وبالتالي القواعد الآمرة تجد مجالها أساساً في القانون العام بفروعه المختلفة، لأن القانون العام ينظم العلاقات التي تدخل السلطة العامة طرفاً فيها سعياً وراء المصلحة العامة، مثل القانون الدستوري أو الإداري أو المالي أو الجنائي. فهذه القوانين تتضمن قواعد آمرة نظراً لأنها ترتبط بموضوعات تعتبر من صميم النظام العام الاقتصادي أو السياسي.

أما القانون الخاص باعتباره مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد، فإن قواعده تكون في الأصل مكملة، إلا أنه يضم كذلك بعض القواعد الآمرة.

وفي الحقيقة يتوقف مجال القانون العام أي القواعد الآمرة على فلسفة المذهب السائد في الجماعة. فإذا ساد المذهب الفردي الذي يرى في الفرد الغاية العليا في التنظيم الاجتماعي، وأن القانون يقتصر دوره على كفالة مصلحة الفرد، فإن مبدأ سلطان الإرادة هو الذي يزدهر ويقل مجال القواعد الآمرة، ويزداد دور الإرادة لأن قواعد القانون تكون في أغلبها مكملة أي تقتصر على تكملة إرادة الأفراد دون تقييدها.

أما المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية فترى أن الجماعة وليس الفرد هي الغاية العليا، ومن ثم فنظام المجتمع هو القيمة العليا التي يحميها القانون. فتحقيق مصالح الجماعة يأتي قبل كل شيء ولو بتقييد إرادة الأفراد. لذا نجد اتساع مفهوم فكرة النظام العام، ويلعب القانون العام بما يضم من قواعد آمرة دوراً رئيسياً في النظام القانوني.

فالملكية تكون في النظام الفردي حقاً مطلقاً لا ترد عليه قيود، أما في النظام الاشتراكي فإنها مجرد وظيفة تعطى للفرد لتحقيق الصالح العام. وإذا أساء استعمالها فإنها تقبل التقييد والنزع أو التأميم، فالملكية هي أساساً ملك للجماعة.

ويستطيع الأفراد إبرام ما يشاءون من عقود وتضمينها ما يرون من الشروط في المذهب الفردي، أما المذهب الاجتاعي أو الاشتراكي فإرادة الأفراد تكون مقيدة بقيود تتعلق بالنظام العام والآداب.

ففي مصر ولبنان مثلاً حيث يجتمع المذهبين الفردي والاجتماعي نجد أن الأصل هو حرية إبرام العقود أي مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هناك بعض القيود ترد على العقود بصفة عامة وبعض العقود بصفة خاصة وذلك بهدف حماية بعض الطبقات الضعيفة، مثال ذلك عقد الإيجار الذي يفرض القانون

امتداده على المؤجر، ويفرض عليه كذلك قيمة الأجرة وعقد العمل الذي يلزم القانون رب العمل بالعديد من الشروط لمصلحة العامل ولا يمكن الاتفاق على ما يخالف هذا الشروط وإلا كان الاتفاق باطلاً.

الباب الثاني

مصادر القانون

Les sources du droit

المقصود بمصادر القانون:

تستخدم عبارة مصادر القانون للدلالة على عدة معان هي:

1 ـ **المصدر المادي للقانون** Source matérielle أي مجموعة العوامل المختلفة التي يستمد منها القانون مادته. ويقصد به المصدر الموضوعي للقاعدة القانونية. ويتمثل في العوامل الطبيعية والاقتصادية والسياسية والجغرافية والدينية التي يستلهما المشرع في وضع القاعدة القانونية، وترتبط تلك العوامل بتحديد مضمون القانون وجوهره كما رأينا.

2 ـ **المصدر التاريخي للقانون** Source historique أي الأصل التاريخي الذي رجع إليه المشرع عند وضعه للقاعدة القانونية، فالشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي مصدران تاريخيان للقانون المصري، وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي للقانون اليمني. والقانون الفرنسي هو المصدر التاريخي للقانون اللبناني.

3 ـ المصدر الرسمي لقانون Source fromelle أي السبب المنشئ للقاعدة القانونية بمعنى الطريق الذي تأتي منه القاعدة أو المنبع الذي تخرج

منه لتصبح ملزمة وقابلة للتطبيق، وذلك كالتشريع والعرف.

ويلزم لدراسة أو للتعرف على قانون معين، الرجوع إلى مصادره الرسمية، تلك المصادر التي تختلف من مجتمع لآخر ومن زمان لآخر.

فقد كان العرف المصدر الرسمي للقانون في المجتمعات الأولية إلا أنه مع تقدم الجماعات وزيادة أوجه النشاط وتعقده، ووجود سلطة عليا في الجماعة أصبح التشريع هو المصدر الرسمي للقانون في الكثير من المجتمعات، وإن كانت بعض القوانين كالقانون الانجليزي تأخذ بنظام السوابق القضائية كمصدر أساسي للقانون، أي أن كل محكمة تتقيد بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة. وتقتصر دراستنا هنا على المصادر الرسمية للقانون بالمعنى الأخير السابق تحديده.

والمصادر الرسمية للقانون المصري هي: التشريع، العرف، مبادئ الشريعة الإسلامية، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وهذا الترتيب الذي أورده القانون للمصادر يعتبر ملزماً للقاضي، حيث ينبغي عليه البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المعروض في المصادر السابقة بنفس الترتيب، فلا يمكن الالتجاء إلى العرف إلا إذا لم يوجد للمسألة محل النزاع تنظيم في التشريع وهكذا.

مصادر القانون اللبناني:

لم يتضمن القانون اللبناني نصاً مماثلاً لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري لبيان مصادر القانون اللبناني ومجال كل منها، إلا أنه من المتفق عليه أن مصادر القانون اللبناني لا تختلف تقريباً عن مصادر القانون المصري.

ولقد جاء نص المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ليعبر عن ذلك بطريق غير مباشر بقوله: لا يجوز للقاضي تحت طائلة اعتباره مستنكفاً عن إحقاق الحق:

1 ـ أن يمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو انتفائه.

2 ـ أن يتأخر بغير سبب عن إصدار الحكم.

وعند غوض النص يفسره القاضي بالمعنى الذي يحدث معه أثراً يكون متوافقاً مع الغرض منه ومؤمناً التناسق بينه وبين النصوص الأخرى.

وعند انتفاء النص يعتمد القاضي المبادئ العامة والعرف والإنصاف.

فمن المسلم به أن التشريع يعتبر المصدر الرسمي الأول والعام في جميع النظم القانونية المعاصرة التي تعرف التشريع المكتوب. وهذا هو الحكم في القانون اللبناني. ويأتي العرف في المرتبة الثانية أي كمصدر احتياطي بعد التشريع.

أما عن الشرائع الدينية فقد جعل منها المشرع اللبناني مصدراً رسمياً أصلياً لبعض مسائل الأحوال الشخصية التي لم يتدخل التشريع لتنظيمها وبصفة خاصة مسائل الأسرة. وهذا هو نفس الحكم في القانون المصري، إلا أن هذا القانون الأخير أفرد للشريعة الإسلامية مركز خاص في غير مسائل الأحوال الشخصية حيث اعتبرها المشرع مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون المصري تأتي مرتبتها بعد العرف.

وأخيراً فإن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (المبادئ العامة والإنصاف) تعد بالضرورة بمثابة المصدر الاحتياطي الأخير أمام القاضي اللبناني في حالة عدم وجود حكم للنزاع في نص تشريعي أو في قاعدة عرفية. يقوم القاضي بالاجتهاد في استنباط حكم النزاع المعروض عليه مستهدياً في ذلك بقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، ذلك أن القاضي ملزم في جميع الأحوال بالفصل في النزاع عليه حتى لا يعد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة.

يتضح مما سبق أن هناك مصادر أصلية للقانون اللبناني وأخرى احتياطية. تنحصر المصادر الرسمية الأصلية في مصدرين: مصدر أصلي

عام هو التشريع ومصدر أصلي خاص هو الدين. وتتمثل المصادر الاحتياطية في مصدرين هما: العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. هذا إلى جانب المصادر التفسيرية Sources interprétatives المتمثلة في الفقه والقضاء.

ونعرض لتلك المصادر على التوالي في الفصول التالية.

الفصل الأول

التـشـريـع

La législation

نعرض لدراسة التشريع على عدة مراحل تتمثل في: تعريف التشريع ومزاياه ومقارنته بالتقنين، أنواع التشريع وطرق وضعه، نفاذ التشريع، رقابة صحة التشريع، طرق صياغة التشريع، انقضاء التشريع.

المبحث الأول

تعريف التشريع ومزاياه ومقارنته بالتقنين

المطلب الأول

التشريع، مكانته ومزاياه

(أ) تعريف التشريع:

التشريع هو قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة، حيث تقوم هذه السلطة بوضع قواعد ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع طبقاً للإجراءات المقررة لذلك. والتشريع بهذا المعنى هو الذي يعتبر مصدراً للقانون.

ويطلق لفظ التشريع كذلك على مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة المختصة لتنظيم أمر من أمور الجماعة، فيقال مثلاً تشريع العمل

وتشريع الضرائب وتشريع المخدرات. والتشريع بهذا المعني لا يعبر عن المصدر الذي يمدنا بالقاعدة القانونية بل يعبر عن القواعد المشتقة من هذا المصدر. لذا فإن لفظ التشريع هنا يعبر عن بعض ما يؤديه لفظ القانون في معناه الخاص. فيقال مثلاً قانون الضرائب وقانون العمل.

(ب) خصائص التشريع:

يتضح من التعريف السابق أن التشريع يتميز عدة خصائص تتمثل في أنه يضع قاعدة قانونية، ويصدر عن سلطة عامة مختصة، في صورة مكتوبة.

أولاً: التشريع يضع قاعدة قانونية بخصائصها المعروفة من أنها قاعدة سلوك اجتماعي، عامة ومجردة، تقترن بجزاء مادي يوقع على من يخالفها.

فيجب لتوافر وصف التشريع قيام عنصر موضوعي وآخر شكلي. ويقصد بالعنصر الموضوعي وجود قاعدة قانونية تتوافر في شأنها الخصائص السابق بيانها. ويتصل ذلك بمضمون التشريع. وهذا ما يطلق عليه التشريع بالمعنى الموضوعي أو المادي. ويقصد بالعنصر الشكلي صدور القاعدة القانونية طبقاً لقواعد سن التشريع المقررة في الدستور.

وبناء على ذلك لا يعد تشريعاً في مفهوم نظرية مصادر القانون القواعد التي لا تتوافر في شأنها صفة العمومية والتجريد. لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية عن الأحكام التي لم تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية، أي التي يتوافر فيها العنصر الشكلي دون العنصر الموضوعي. مثال ذلك قوانين ربط الموازنة العامة للدولة، فهي تعد قوانينا من الناحية الكلية لأنها صادرة من السلطة التشريعية ولكنها ليست قوانينا من الناحية الموضوعية لأنها لا تضع قواعد قانونية بخصائصها المعروفة[1].

---

(1) وتقرر محكمة النقض المصرية بأن قانون ربط الميزانية لا يعتبر قانوناً إلا من الناحية الشكلية، أما من الناحية الموضوعية فهو عمل تنفيذي إداري. نقض 30/4/1960 س 11 ص 256.

ومثال ذلك أيضاً القانون الصادر بالموافقة على عقد قرض تبرمه السلطة التنفيذية، والقانون الصادر بتأميم شركة معينة، والقانون الذي يرخص لوزير البترول في إبرام اتفاقيات البحث عن البترول واستغلاله.

ثانياً: التشريع يصدر في صورة مكتوبة: تصدر القاعدة التشريعية في صورة وثيقة رسمية مكتوبة. ويحقق الشكل المكتوب للقاعدة القانونية التحديد والثبات اللازمين لاستقرار المعاملات، ويزيل عنها كل غموض أو إبهام قد يتعلق بوجودها أو مدلولها أو تاريخ نشأتها.

ثالثاً: التشريع يصدر عن سلطة مختصة بوضعه: لا تتكون القاعدة التشريعية بطريقة تلقائية داخل الجماعة، كما هو الحال بالنسبة للعرف، بل لا بدّ من تدخل إرادة واعية تتولى وضعها والإلزام بها، وتتمثل هذه الإرادة في السلطة التشريعية، حيث يمنحها الدستور بوصفها سلطة عامة ذات سيادة الاختصاص بوضع التشريعات. أدى ظهور مبدأ الفصل بين السلطات إلى اختصاص السلطة التشريعية بوضع القواعد القانونية التي تنظم المجتمع. وتعد هذه القواعد تعبيراً عن إرادة الشعب لأن المجلس الذي يتولى وضعها يتم انتخابه عن طريق الشعب.

وقد يصدر التشريع عن طريق الشعب مباشرة من خلال الاستفتاء الشعبي. وقد يصدر من السلطة التنفيذية في الحالات التي يمنحها الدستور هذا الحق. تتولى هذه السلطة إصدار اللوائح والتشريعات الفرعية، ويصدق عليها وصف التشريع من الناحية الموضوعية إذا تضمنت قواعد سلوكية عامة ومجردة وصدرت في نطاق اختصاص السلطة التنفيذية، وتعتبر بالتالي مصدراً من مصادر القانون. ولكن اللوائح والتشريعات الفرعية تختلف عن التشريع العادي من الناحية الشكلية لأن هذا الأخير يصدر عن السلطة التشريعية.

(جـ) أهمية التشريع في العصر الحديث:

يعتبر التشريع من أهم مصادر القانون في العصر الحديث، فالأغلبية الساحقة من القواعد القانونية تستمد منه وجودها في النظم القانونية

المعاصرة. ولم يكن التشريع يحتل هذه المكانة في الماضي، فقد كان العرف يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون.

ويكمن السبب في ازدياد أهمية التشريع إلى توطد سلطة الدولة وتشعب أنشطتها ونمو الاتجاهات الاجتماعية التي تقضي بتدخل الدولة في العديد من المجالات لتنظيمها عن طريق التشريع. أضف إلى ذلك تطور وتعقد الروابط الاجتماعية على نحو يتطلب سرعة إصدار العديد من التشريعات التي تحكمها.

(د) مزايا التشريع وعيوبه:

يتمتع التشريع بعدة مزايا تتمثل في:

1 ـ يمتاز التشريع بوضوح الصياغة، حيث يصدر في صورة مكتوبة من خلال عبارات وألفاظ محددة تساعد على التأكد من وجوده وتحديد معناه، ولا شك أن ذلك يساعد الأفراد على معرفة القواعد التي تحكم معاملاتهم والتعرف بالتالي على حقوقهم وواجباتهم. وبذلك يحقق التشريع الاستقرار والأمن في المجتمع، وذلك بخلاف العرف الذي يصعب تحديد بدء سريانه والتعرف على مضمونه.

2 ـ يتميز التشريع بسرعة وضعه، فهو مصدر سريع للقانون لمواجهة ضرورات المجتمع وظروفه المتطورة والمتغيرة. ومن السهل إصدار التشريع في وقت قصير بخلاف العرف الذي يحتاج مدة طويلة لوجوده وإلغائه أو تعديله بينما يمكن إلغاء التشريع أو تعدله حتى يتلائم مع الظروف المتجددة.

3 ـ يعمل التشريع على تحقيق وحدة القانون في الدولة والمساعدة بالتالي في إرساء الوحدة الوطنية فيها. فمن خلال التشريع يكمن توحيد النظام القانوني المطبق على كل أقاليم الوطن مما يساعد على توحيد الدولة وتقوية أجزاء الأمة الواحدة. وهذا بخلاف العرف الذي يختلف من إقليم لآخر ومن طائفة لأخرى.

ولكن يعاب على التشريع ما يلي:

1 ـ يتم وضع التشريع بواسطة سلطة مختصة، فهو لا ينبع تلقائياً كالعرف، في الجماعة نتيجة ظروفها وتلبية لاحتياجاتها. ولهذا فقد يأتي التشريع غير ملائم لظروف المجتمع. فقد يحدث أن تضع السلطة التشريعية قانوناً لا يتمشى مع حاجات الأمة ورغباتها فتكون القاعدة القانونية دخيلة على ظروف الجماعة كما لو كانت مستوحاة من تشريع أجنبي. ويؤدي ذلك غالباً إلى عدم انصياع الناس لمثل هذه القوانين وعدم احترامها وتفقد، بالتالي، فعاليتها.

2 ـ يتسم التشريع، أحياناً، بالجمود والتخلف عن مسايرة التطور، فقد تتغير ظروف المجتمع ويظل التشريع على حاله بسبب تقاعس السلطة التشريعية عن بذل الجهد اللازم لتعديله، فيصبح التشريع جامداً غير ملائم لظروف الجماعة.

والواقع أن هذه المآخذ لا توجه إلى التشريع في ذاته بل إلى السلطة التي تقوم بوضعه، فتلك الانتقادات تعكس الخلل في الأجهزة القائمة على وضع التشريع وتطبيقه. فالسلطة التشريعية الواعية التي تمثل الجماهير تمثيلاً حقيقياً ستضع نصب أعينها مصالح الجماعة دون المصالح الشخصية أو الطبقية، ولن تضع سوى التشريعات الملائمة للواقع الاجتماعي بعد استقراء هذا الواقع وكشف أغواره. وتستطيع تلك السلطة بذل الجهد الكافي في صياغة التشريع الصياغة المرنة الملائمة لحاجات الجماعة المتطورة ويمكنها دائماً التدخل، في الوقت الملائم لتعديل التشريع أو إلغائه كلما صار غير متوافق مع حاجات المجتمع.

المطلب الثاني

التشريع والتقنين

أ ـ تعريف التقنين Code:

التشريع هو إخراج القاعدة القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة. أما التقنين Codification فهو عملية تجميع لكل القواعد

القانونية الصادرة والمتعلقة بفرع من فروع القانون في كتاب واحد. ويتم التجميع في مجموعة واحدة بصورة مرتبة ومبوبة على نحو يضمن التنسيق والملائمة بين القواعد الداخلة في التقنين. مثال ذلك التقنين المدني والتقنين التجاري. وقد يتعلق التقنين بتنظيم للقواعد المتعلقة بمسألة أو بموضوع معين مثل قانون الشهر العقاري وقانون إيجار الأماكن.

فالتقنين يتضمن قواعد قانونية مكتوبة صادرة عن سلطة تشريعية مختصة في وثيقة رسمية، ويجمع كافة القواعد التي تشمل فرعاً بأكمله من فروع القانون، ويقتضي ذلك التنسيق بين هذه القواعد وفقاً لخطة معينة تؤدى إلى تحقيق الانسجام بين الأصول والفروع وإزالة التعارض بين مختلف القواعد القانونية. لذلك فإن التقنين يعد قمة الصياغة القانونية ويحتاج إلى مجهود كبير في صياغته.

والتقنين على هذا النحو لا بدّ أن تقوم به السلطة التشريعية المختصة، فلا يطلق اصطلاح التقنين على ما يقوم به أحد الفقهاء أو إحدى الهيئات العلمية من تجميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون. فهذا العمل هو تقنين غير رسمي لا تضفي عليه الدولة سلطانها ولا تطبعه بطابع الحجية الرسمية، أما التقنين الرسمي فهو الذي تصدره الدولة ويظهر في شكل تشريع ضخم صادر من السلطة التشريعية، ومن ثم فإن التقنين الرسمي نوع من أنواع التشريع.

ب ـ مزايا التقنين وعيوبه:

1 ـ يجمع التقنين القواعد القانونية الخاصة بفرع معين من فروع القانون في مجموعة واحدة، في شكل واضح مرتب منسق يكون من السهل الرجوع إليها. فمن اليسير على القاضي أو الباحث أن يقف على حكم القانون أو أية قاعدة من قواعد القانون.

2 ـ التقنين وسيلة فعالة في توحيد النظام القانوني في الدولة. وقد

أصبح التقنين، في العصر الحديث، أداة لتأكيد الوحدة السياسية في الجماعة وبين الأقاليم المختلفة.

3 ـ يساعد التقنين في عملية الاقتباس والاستفادة من القوانين الأجنبية إذا ما تبين فائدتها وملاءمتها لظروف الجماعة.

ورغم تلك المزايا إلا أن جانباً من الفلاسفة ورجال القانون تصدى لمحاربة فكرة التقنين. فقد ذهب أصحاب المدرسة التاريخية إلى أن القانون كائن اجتماعي متطور ينشأ في ضمير الجماعة ويتطور مع ظروف المجتمع المتغيرة، بينما تؤدي عملية التقنين إلى جمود القانون وعدم مسايرته للتطور في الجماعة.

والواقع أن هذا النقد ليس صحيحاً. ذلك أن التقنين لا يعني مطلقاً إضفاء القدسية والمهابة على القانون على نحو يمنع إلغائه وتعديله، إذ يستطيع المشرع دائماً موالاة التقنين بالمراجعة والتعديل كلما دعت الضرورة إلى ذلك، أو كلما تخلفت نصوصه عن الوفاء بما يستجد من حاجات الجماعة. أضف إلى ذلك أن التقنين يقتصر، في الغالب، على المبادئ والكليات دون الخوض في التفصيلات والجزئيات، هو بذلك يصبح أداة مرنة في يد القاضي تتيح له، بما له من حرية في التفسير، مكنة موائمة النصوص مع ما يستجد من ظروف الحياة العملية المتغيرة.

ج ـ حركة التقنين في العصر الحديث:

ساعدت مزايا التقنين على ظهوره في وقت مبكر ورواجه في العصر الحديث. ولعل جذور التقنين تبدأ مع ما عرفه الرومان من تقنين بدائي كالألواح الاثني عشر ثم مجموعة جوستنيان في القرن السادس الميلادي. ولعل حركة التقنين الحديثة بدأت بصدور التقنين المدني الفرنسي المعروف بتقنين نابليون سنة 1804 وما تلاه من تقنينات أخرى في فرنسا وجميع أنحاء العالم.

قامت حركة التقنين في مصر في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، حيث تم وضع مجموعة التقنينات المصرية في فروع القانون المختلفة وذلك بمناسبة إنشاء المحاكم المختلطة عام 1875، وتم نقل هذه التقنينات عن نظيرتها الفرنسية واستمر العمل بها حتى إلغاء تلك المحاكم عام 1949. وعند إنشاء المحاكم الأهلية عام 1883 وضعت لها تقنينات وطنية منقولة، تقريباً، عن التقنينات المختلطة. ولما ألغيت المحاكم المختلطة صدر تقنين مدني جديد وآخر للمرافعات عام 1949. ثم توالت التقنينات في الفروع المختلفة وتم تحديثها أكثر من مرة.

أما عن لبنان فقد تأثر نتيجة تبعيته للدولة العثمانية بحركة التقنين التي قامت بها تلك الدولة خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين. تأثرت هذه التقنينات بالتقنينات الغربية وخاصة الفرنسية مع الاحتفاظ ببعض أحكام الشريعة الإسلامية. وفي عهد الانتداب الفرنسي تم استبدال التقنينات العثمانية بأخرى عصرية. فصدر قانون الملكية العقارية عام 1930، وقانون الموجبات والعقود عام 1932، وتقنين أصول المحاكمات عام 1933. ثم توالت التقنينات في فروع القانون الأخرى مع التعديل والمراجعة أكثر من مرة.

المبحث الثاني
أنواع التشريع وطرق وضعه

توجد ثلاثة أنواع من التشريع تتدرج أهميتها حسب الترتيب التالي:

1 ـ التشريع الأساسي وهو الدستور.

2 ـ التشريع العادي الذي تضعه السلطة التشريعية.

3 ـ التشريع الفرعي أو اللوائح وتقوم بوضعه السلطة التنفيذية.

والتشريع العادي ينبغي ألا يخالف الدستور ويجب أن تكون اللائحة موافقة لأحكام التشريع العادي ومن باب أولى الدستور.

المطلب الأول
الدستور أو التشريع الأساسي

الدستور Constitution هو التشريع الأساسي الذي يتولى تنظيم السلطات في الدولة واختصاصات كل منها، وعلاقاتها بالأفراد، وتحديد شكل الحكم في الدولة.

هناك أربعة طرق لسن الدساتير بصفة عامة فالدستور أما أن يصدر في صورة منحة من الحاكم (الملك أو صاحب السلطان في الدولة)، وأما أن يصدر في صورة عقد بين الحاكم وممثلي الشعب، وأما أن يصدر عن طريق هيئة تأسيسية منتخبة من الشعب خصيصاً لهذا الغرض، وأما أن يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء، بأن تضع السلطة التنفيذي مشروع الدستور ثم تعرضه على الشعب للموافقة عليه. ولا شك أن هذين الطريقين الأخيرين أكثر استجابة للمبدأ الديمقراطي، لذا يمكن الجمع بينهما بأن تتولى

جمعية تأسيسية منتخبة وضع مشروع الدستور ثم يطرح بعد ذلك للاستفتاء الشعبي.

يحتل الدستور قيمة البناء القانوني في الدولة، فهو يعلو على جميع قوانينها، وتخضع له كل سلطاتها، ولا يجوز لأي قاعدة مخالفة أحكامه[1].

أما عن تعديل الدستور، فيتوقف الأمر على طبيعته وعما إذا كان دستوراً جامداً أم دستوراً مرناً. والدستور المرن هو الذي يمكن تعديل قواعده بنفس الطريقة التي يتم بها تعديل القوانين العادية وعن طريق نفس السلطة، أما الدستور الجامد فيلزم لتعديله إجراءات أكثر تعقيداً أو صعوبة.

ويعتبر الدستور المصري وكذلك اللبناني من الدساتير الجامدة حيث يتطلب إجراءات طويلة وشروطاً عسيرة لتعديله. يقدم طلب التعديل اما من رئيس الجمهورية واما من ثلث أعضاء مجلس الشعب (النواب) على الأقل ويذكر فيه المواد المطلوب تعديلها وأسباب ذلك. يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره في هذا الشأن بأغلبية أعضائه. يعرض التعديل على المجلس لمناقشته بعد شهرين من تاريخ الموافقة على مبدأ التعديل. وينبغي لإقرار التعديل موافقة أغلبية ثلثي عدد أعضاء المجلس. تعرض صيغة التعديل في النهاية على الشعب لاستفتائه في شأنها. فإذا أقرها أصبحت نافذة من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء[2].

---

(1) وتعبر محكمة النقض المصرية عن ذلك بقولها لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة فكان على ما دونه من التشريعات النزول على أحكامه وإهدار ما سواها. ويستوي في ذلك أن يكون التعارض سابقاً أو لاحقاً على العمل بالدستور. فإذا ما أورد الدستور نصاً صالحاً بذاته للأعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم أعمال هذا النص من يوم العمل به، ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نسخ ضمنياً بقوة الدستور نفسه». نقض 1975/3/24 س 26 ص 158.

(2) م 189 من الدستور المصري لعام 1971، م 76 77 من الدستور اللبناني.

المطلب الثاني

التشريع العادي

التشريع العادي هو التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها فيه.

الأصل أن سن التشريع يكون من اختصاص السلطة التشريعية، إلا أن الدستور أعطى لرئيس الجمهورية الحق في سنه في حالات معينة.

الفرع الأول

سن التشريع العادي بواسطة السلطة التشريعية

إن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل بسن التشريع العادي. وتتكون السلطة التشريعية، أحياناً، من مجلسين، كما هو الحال في انجلترا حيث تتكون من مجلس العموم ومجلس اللوردات. وقد تتكون من مجلس واحد كما هو الحال في مصر مع مجلس الشعب[1] وفي لبنان مع مجلس النواب. وتمر العملية التشريعية لسن التشريع العادي بعدة مراحل تتمثل في الاقتراح ثم المناقشة ثم الإقرار ثم يأتي دور رئيس الدولة ليمارس حقه في الاعتراض أو الإصدار.

(أ) اقتراح التشريع Proposition de loi:

ويقصد به إعداد مشروعات قواعد قانونية وتقديمها للسلطة التشريعية لمناقشتها وإقرارها. يستطيع رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء أو أحد أعضاء المجلس أن يقترح التشريع. فاقتراح التشريع هو حق لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب أو مجلس النواب[2].

---

(1) ولم يتغير الوضع بإنشاء مجلس الشورى عام 1980 لأن اختصاصات هذا المجلس استشارية بحتة، ومن ثم تظل السلطة التشريعية من اختصاص مجلس الشعب وحده.

(2) م 109 من الدستور المصري، م 18 من الدستور اللبناني.

ويستعين رئيس الجمهورية في ممارسة هذا الحق بوزرائه، حيث يقومون بإعداد مشروعات القوانين عن طريق أخصائيين وهيئات فنية متخصصة. ويعرض مشروع القانون Projet de loi المقدم من رئيس الجمهورية على اللجنة البرلمانية المختصة لفحصه وتقديم تقرير عنه ليقوم المجلس بمناقشة المشروع على أساس هذا التقرير.

وبالنسبة للاقتراح المقدم من أحد الأعضاء فإنه لا يحال مباشرة إلى لجان المجلس المتخصصة، وإنما ينبغي إحالته إلى لجنة الاقتراحات لتتولى فحصه وابداء الرأي في جواز نظر المجلس فيه أو رفضه أو إرجائه. فإذا وجدت اللجنة أن المشروع المقدم للعضو صالحاً احالته إلى اللجنة التشريعية المختصة بالمجلس ويتبع في شأنه بقية الإجراءات المتبعة بصدد المشروع المقدم من رئيس الجهورية[1].

(ب) مناقشة وإقرار مشروع القانون:

تتم مناقشة مشروع القانون على ضوء التقرير المقدم من اللجنة البرلمانية. وينبغي طرح المشروع على المجلس لمناقشته والتصويت عليه مادة مادة، ثم يؤخذ الرأي على المشروع في مجموعة. ويجب للموافقة على المشروع أن توافق عليه الأغلبية المطلقة للحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة. وعند تساوي الآراء المؤيدة والمعترضة اعتبر المشروع موضوع المناقشة مرفوضاً[2].

وكل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه مجلس الشعب لا يجوز تقديمه ثانية في نفس دور الانعقاد[3].

---

(1) م 110 من الدستور المصري، 18 لبناني.

(2) م 107 من الدستور المصري، 34 لبناني.

(3) م 111 من الدستور المصري.

(جـ) عدم اعتراض رئيس الجمهورية:

يحال مشروع القانون الذي وافق عليه المجلس إلى رئيس الجمهورية، ذلك أن الدستور أعطاه الحق في الاعتراض على ما يسنه المجلس من قوانين. فإذا وافق الرئيس على المشروع المحال إليه ولم يعترض عليه ويرده إلى المجلس خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه اعتبر قانوناً ويتعين أصداره.

أما إذا أراد رئيس الجمهورية الاعتراض على المشروع فإنه يقوم برده إلى المجلس، خلال المدة السابقة لإعادة مناقشته من جديد على ضوء الملاحظات التي يبديها. واعتراض الرئيس هو مجرد اعتراض توفيقي Veto supensif الهدف منه مجرد حمل المجلس على إعادة النظر في مشروع القانون. ويمكن للمجلس أن يعدل المشروع. ويستطيع المجلس التمسك بالمشروع والإصرار عليه رغم اعتراض رئيس الجمهورية. إلا أنه ينبغي، في هذه الحالة، موافقة أغلبية ثلثي أعضاء المجلس لإقرار المشروع مرة ثانية. عندئذ لا يستطيع رئيس الجمهورية للاعتراض ويتعين عليه إصدار هذا القانون[1].

(د) إصدار التشريع Promulgation:

الإصدار هو عمل يقصد به تسجيل الوجود القانوني للتشريع، فهو بمثابة شهادة ميلاد التشريع تكون مسنداً لتنفيذه. يقوم بالإصدار رئيس الجمهورية ويتضمن أمر السائر أعضاء السلطة التنفيذية وعمالها بتنفيذ القانون الجديد.

ويتم إصدار التشريع عن طريق توقيع رئيس الدولة على القانون ويشار إليه برقم مسلسل خلال السنة التي صدر فيها.

---

(1) م 113 من الدستور المصري. ويكتفي الدستور اللبناني بالأغلبية المطلقة لمجموع أعضاء المجلس (م 57).

وإصدار التشريع أمر واجب على رئيس الجمهورية بمجرد إقراره من المجلس، وإذا تقاعس الرئيس عن ذلك فإنه يكون قد عطل تنفيذ القانون، وفي هذا اعتداء على السلطة التشريعية، لذا ليس لرئيس الدولة الامتناع عن الإصدار أو تأخيره ولم يتضمن الدستور المصري للأسف تحديد مدة معينة يلتزم فيها الرئيس بإصدار القوانين التي يقرها مجلس الشعب. أما الدستور اللبناني فيبدو أن المدة المحددة لنشر القانون هي المدة المحددة لإصداره، وهي شهر من تاريخ إحالة القانون إلى الحكومة من قبل المجلس، وخمسة أيام بالنسبة للقوانين التي يتخذ مجلس النواب قراراً خاصاً بوجوب استعجال نشرها[1].

الفرع الثاني
سن التشريع العادي بواسطة رئيس الجمهورية
(حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية)

إن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل بسن التشريع العادي. ولكن الدستور خول السلطة التنفيذية الحق في الحلول محل السلطة التشريعية، على سبيل الاستثناء، في سن التشريع، ويتم ذلك في حالتين: حالة الضرورة، حالة التفويض. ويضيف الدستور اللبناني حالة ثالثة هي حالة التعجيل.

(أ) تشريع الضرورة:

إذا حدث في غيبة المجلس النيابي ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز لرئيس الجمهورية، أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون أي قوة التشريع العادي[2] وذلك بالشروط الآتية:

---

(1) م 56 لبناني.

(2) م 147 من الدستور المصري. ولم يتضمن الدستور اللبناني نصاً مماثلاً، ومع ذلك فإن الفقه يرى إمكان قيام الرئيس بسن تشريعات الضرورة بنفس الضوابط استناداً إلى العرف الدستوري.

1 - ينبغي أن يتم ذلك في حالة غيبة مجلس الشعب. أي أن يكون غير منعقد. وتتحقق غيبة المجلس فيما بين أدوار انعقاده، وكذلك في فترة حله أو وقف جلساته. ومن ثم فإن الدولة تكون في هذه الفترة خالية من الأداة التشريعية العادية وقد يطرأ من الظروف الخطيرة خلالها ما يجعل التشريع ضرورة لازمة وعاجلة.

2 - وقوع أحداث أو توافر حالة من حالات الضرورة التي تستوجب اتخاذ تدابير لمواجهتها لا تحتمل التأخير.

3 - يجب عرض القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية على مجلس الشعب في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول إجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته. فإذا لم تعرض هذه القرارات زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك. وإذا عرضت وأقرها المجلس استقر وضعها. أما اذا لم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة بقوة القانون، وفي هذه الحالة يجوز للمجلس أن يعتمد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بطريقة أخرى.

4 - يجب أن تكون تشريعات الضرورة التي يسنها رئيس الجمهورية غير مخالفة للدستور.

(ب) تشريع التفويض (المراسيم الاشتراعية Decrets -Lois):

يجوز لرئيس الجمهورية أن يصدر التشريع العادي في بعض المسائل أو الموضوعات التي تفوضه فيها السلطة التشريعية[1] وذلك بالشروط الآتية:

---

(1) م 108 من الدستور المصري. ورغم عدم وجود نص في الدستور اللبناني فقد جرى العرف الدستوري على تفويض مجلس النواب الحكومة في إصدار مراسيم اشتراعية في مسائل محددة ولمدة معينة.

1 ـ يجب أن نكون بصدد أحوال استثنائية تبرر التفويض التشريعي، ويقدر مجلس الشعب هذه الحالات. مثال ذلك: الأحوال التي تستوجب إضفاء السرية على بعض التشريعات أو السرعة في إصدارها كالقانون الخاص بميزانية الحرب، والتشريع الخاص بفرض بعض الرسوم والضرائب أو تعديلها.

2 ـ يجب أن يقتصر التفويض على موضوعات معينة فلا يجوز أن يصدر التفويض بصفة عامة. وينبغي ألا يخرج رئيس الجمهورية على الموضوعات المفوض بشأنها. ويجب أن يتضمن التفويض، بالإضافة إلى الموضوعات، الأسس التي يقوم عليها.

3 ـ يجب أن يكون التفويض التشريعي مؤقتاً بمدة محددة كشهر أو سنة مثلاً.

4 ـ يجب ألا يكون تشريع التفويض مخالفاً للدستور. ويجب أن يصدر في حدود التفويض الذي منحته السلطة التشريعية. وإذا صدر في غير هذه الحدود فإنه لا يعتبر قانوناً ولا يأخذ حكمه[1].

(جـ) تشريع التعجيل في لبنان:

يضيف الدستور اللبناني حالة جديدة تحل فيها السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع. فطبقاً للمادة 58 «كل مشروع تقرر

---

(1) وتقرر محكمة النقض المصرية ب أن القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية، وإن كان لها من موضوعها قوة القانون التي تمكنها من إلغاء وتعديل القانين القائمة إلا أنها تعتبر قرارات إدارية لا تبلغ مرتبة القوانين في حجية التشريع، فيكون للقضاء الإداري أن يحكم بإلغائها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التي يقوم عليها ولا تحوز هذه القرارات حجية التشريع إلا إذا أقرها المجلس النيابي. نقض 1972/12/21 المحاماة ص 56 عدد 3، 4 ص 46.

الحكومة كونه مستعجلاً بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك بمرسوم الإحالة، يمكن لرئيس الجمهورية - بعد مضي أربعين يوماً من طرحه على مجلس النواب دون أن يبت به - أن يصدر مرسوماً قاضياً بتنفيذه بعد عرضه على مجلس الوزراء».

مؤدي ذلك أن رئيس الجمهورية يمكنه سن التشريع بدلاً من السلطة التشريعية، رغم وجود هذه السلطة وعدم غيابها بل ورغم عرض مشروع التشريع عليها، وذلك في الحالة التي تتقاعس فيها هذه السلطة عن البت في التشريع خلال مدة معينة متجاهلة الطابع المستعجل الذي قررته الحكومة لهذا التشريع.

المطلب الثالث
التشريع الفرعي (اللوائح)
Les réglements

تقوم السلطة التنفيذية، في الأصل، بإصدار قرارات إدارية فردية بشأن أشخاص معينين بالذات. وتصدر تلك السلطة، أحياناً، قرارات تتضمن قواعد عامة مجردة، يطلق عليها اسم اللوائح أو التشريع الفرعي.

وتقوم السلطة التنفيذية بإصدار التشريع الفرعي بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور. وهو اختصاص أصلي تباشره بصفة دائمة وفي الظروف العادية بخلاف اختصاصها بسن تشريعات الضرورة والتفويض فهو اختصاص استثنائي على خلاف الأصل.

والتشريع الفرعي أو اللائحة أقل درجة من التشريع العادي الصادر عن السلطة التشريعية، والقرار بقانون الصادر عن السلطة التنفيذية. ومن ثم لا ينبغي أن تكون اللائحة مخالفة للقانون ومن باب أولى الدستور.

ولا يعتبر من قبيل التشريع الفرعي إلا اللائحة بمعناها القانوني وطبقاً

للضوابط التي يرسمها القانون والدستور. وتشترك اللائحة مع القانون من الناحية الموضوعية في أن كل منهما يستهدف تنظيم سلوك الأفراد بطريقة عامة مجردة، ولكن اللائحة تختلف عن القانون من حيث أنها تصدر عن السلطة التنفيذية وليس عن السلطة التشريعية. لذلك فإن التعليمات الإدارية لا تأخذ وصف اللائحة ولا تعد بتاتاً من قبيل التشريع ولا يرجع لها عند تفسير أو تطبيق القانون[1].

وهناك ثلاثة أنواع من اللوائح:

1 ـ اللوائح التنفيذية وتصدر لتنظيم وتفصيل التشريع العادي ووضعه موضع التنفيذ.

2 ـ اللوائح التنظيمية وتصدر لتنظيم وترتيب سير المرافق والمصالح العامة.

3 ـ لوائح الضبط أو البوليس وترمي إلى المحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة. ونعرض بإيجاز لكل منها.

(أ) اللوائح التنفيذية Réglements dexécution:

هي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية ضماناً لتنفيذ القوانين. ذلك أن القانون يقتصر، في الغالب، على وضع الأسس والقواعد العامة تاركاً التفصيلات والجزئيات للوائح التي تضعها السلطة التنفيذية، وهذه السلطة، بوصفها المكلفة بتنفيذ القوانين تكون أقدر من غيرها على وضع القواعد التفصيلية اللازمة لإنجاز تلك المهمة.

وتستمد السلطة التنفيذية اختصاصها بإصدار اللوائح التنفيذية من الدستور[2]. ويتضمن التشريع، غالباً، ما يفيد تخويل تلك السلطة إصدار

---

(1) نقض 1974/4/20 ص 713.

(2) م 144 من الدستور المصري، 512 لبناني.

اللوائح اللازمة لتنفيذه ذلك أن السلطة التشريعية تفضل التخفيف من أعبائها وتخليص القوانين من كثير من التفصيلات الجزئية.

ومن المقرر أن للسلطة التنفيذية الحق في إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ كافة التشريعات العادية، يستوي في ذلك التشريع الصادر من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية بناء على تفويض أو في حالة الضرورة[1].

والأصل أن رئيس الجمهورية بوصفه رئيس السلطة التنفيذية، هو الذي يختص بوضع اللوائح التنفيذية، إلا أنه يجوز له أن يفوض غيره في وضع هذه اللوائح. ويتولى القانون، أحياناً، تعيين الشخص المختص بإصدار اللائحة اللازمة لتنفيذه، وغالباً ما يكون هو الوزير الذي يقع موضوع التشريع في اختصاص وزارته.

ونظراً لأن اللائحة التنفيذية تصدر لتنفيذ القانون وتيسير تطبيقه، فلا يجوز لها أن تتعدى هذا الدور، فليس لها أن تخرج على حكم القانون المراد تنفيذه أو تضيف جديداً إليه أو تعدل من أحكامه أو تحد من نطاق تطبيقه. ولا يجوز أن تعمد، من خلال تفسير بعض أحكام القانون، إلى تحوير أو تحريف مضمونه. وإذا تخطت السلطة التنفيذية هذه الحدود فإن ذلك يعد اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية. وللقاضي أن يمتنع عن تطبيق الحكم المخالف للقانون باللائحة التنفيذية ويقتصر فقط على تطبيق القانون.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: «من حق السلطة التنفيذية أن تتولى أعمالاً تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها. وليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين إلى السلطة التنفيذية، بل هي دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها في وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئاً جديداً أو تعدل فيها أو

---

(1) نقض 1981/6/13 س 32 ص 534.

تعطل تنفيذها أو أن تعفى من هذا التنفيذ، ومن ثم فإن اللائحة التنفيذية لا يصح أن تلغى أو تنسخ نصاً آمراً في القانون. ومن المقرر أنه عن التعارض بين نصين أحدهما وارد في القانون والآخر في لائحته التنفيذية فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق باعتباره أصلاً للائحة التي هي أداة تشريعية أدنى من القانون»[1].

(ب) اللوائح التنظيمية Réglements d'organisation:

هي اللوائح التي توضع لتنظيم المرافق العامة وترتيبها وتنسيق سير العمل في المصالح والإدارات الحكومية المختلفة. واللوائح التنظيمية هي لوائح مستقلة أي قائمة بذاتها Réglements autonomes، أي لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه، كما هو الحال في اللوائح التنفيذية، وإنما تصدرها السلطة التنفيذية استقلالاً عن أي قانون معين بالذات.

وتتولى السلطة التنفيذية وضع اللوائح التنظيمية لأنها هي التي تتولى إدارة المرافق والمصالح العامة وهي المسئولة عن هذه الإدارة ومن ثم فهي الأقدر على إدراك متطلبات هذه المرافق والمصالح واختيار أصلح النظم المناسبة لها.

ويعبر الدستور عن هذا الاختصاص بقوله: يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة. مؤدي ذلك أن إصدار اللوائح التنظيمية أمر قاصر على رئيس الجمهورية وحده وليس له

---

(1) نقض 1975/6/22 س 26 ص 724، 1996/5/31 س 17 ص 425 وقضت كلك بأنه يجب على السلطة التنفيذية أن تتقيد في وضع القرارات التنفيذية بما يقضي به التشريع الرئيسي، فلا يجوز لها أن تضع من القواعد التنفيذية ما يتعارض مع قواعد هذا التشريع ولا ما يعدل فيه أو يعطله أو يعفى أحداً من تنفيذه لأنها إن فعلت تخرج بذلك عن حدودها وتكون قراراتها باطلة لا يعمل بها. نقض جنائي 27/ 1961/6 س 12 ص 394.

حق تفويض غيره في ذلك على خلاف الأمر بالنسبة للوائح التنفيذية حيث يجوز فيها التفويض. ولعل السبب وراء ذلك هو أهمية وخطورة اللوائح التنظيمية لأنها لوائح قائمة بذاتها لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه، وقد ازدادت هذه الأهمية بعد أن سمح الدستور لرئيس الدولة بإنشاء مرافق جديدة.

(جـ) لوائح الضبط ولوائح البوليس Réglements de police:

وتصدرها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن والسكنية والنظام وحماية الصحة العامة. لذا تسمى أيضاً بلوائح البوليس فهي تضع ضوابط لسلوك الأفراد ونشاطهم على نحو يضمن الهدوء والسكون حتى لا يتعرض الجمهور لمضايقات والإزعاج وحتى يطمئن على نفسه وماله من خطر الاعتداءات، وحتى يقي نفسه من التلوث والأوبئة والأمراض المعدية.

ومن أمثلة لوائح الضبط: لوائح المرور، ولوائح تنظيم مراقبة الأغذية، واللوائح الخاصة بمنع انتشار الأوبئة، ولوائح تنظيم المحال العامة والخطرة والمضرة بالصحة والمقلقة للراحة.

ولضمان فعالية لوائح الضبط فإنها تكون مقترنة بجزاءات توقع على من يخالفها. ولكن يشترط ألا يزيد الجزاء على العقوبة المقررة للمخالفات أي الحبس الذي لا تزيد مدته على أسبوع أو الغرامة التي لا يزيد مقدارها على جنيه مصري.

المبحث الثالث
نفاذ التشريع

إذا تم سن التشريع بواسطة السلطة المختصة تحقق له الوجود القانوني. ولا يعني هذا الوجود دخول التشريع مرحلة التنفيذ. بل يتوقف نفاذ التشريع على أمرين: إصداره من جهة ونشره من جهة أخرى.

وقد رأينا أن إصدار التشريع يتم عن طريق السلطة التنفيذية، ويعني ذلك تسجيل الوجود القانوني للتشريع وتكليف رجال السلطة التنفيذية بالقيام على تنفيذه. فإذا كنا بصدد تشريع سنته السلطة التشريعية تعين قيام السلطة التنفيذية بإصداره، وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الأساسي المسنون بواسطة جمعية تأسيسية أو المستفتي فيه من الشعب. أما إذا تم سن التشريع عن طريق السلطة التنفيذية فإن سن التشريع يتضمن حتماً إصداره لأن السلطة التي سنته هي المختصة بإصداره. ويتحقق ذلك في حالات: التشريع الأساسي حين يكون منحة من الملك أو الحاكم المطلق، تشريع الضرورة، تشريع التفويض[1]، التشريع الفرعي.

ونعرض فيما يلي لنشر التشريع ثم لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون.

المطلب الأول
نشر التشريع

نعرض للقمصود بالنشر ووسيلته، وميعاده، ثم نبين تصويب الأخداء التي تقع بمناسبته.

---

(1) وتشريع التعجيل في القانون اللبناني.

(أ) المقصود بالنشر:

نشر التشريع La publication هو الوسيلة التي يتم بها شهر القاعدة القانونية وإعلام المخاطبين بها حتى يلتزمون بحكمها. فليس من العدل تطبيق القانون على الناس إلا بعد أن يعلموا بصدوره وتتاح لهم فرصة التعرف على مضمونه وما يحتوي عليه من أوامر وأحكام.

يصب التشريع نافذاً في ذاته Exécutoire بمجرد إصداره، ولكنه لا يصبح ملزماً Obligatoire إلا بعد نشره بالطريق القانوني. فالنشر إجراء ضروري لجعل التشريع ملزماً للمخاطبين بأحكامه. وتبدو أهمية التفرقة بين النفاذ والإلزام «عندما تحول قوة قاهرة دون وصول وسيلة النشر إلى أحد المخاطبين بحكم التشريع، ففي هذه الحالة لا يكون التشريع ملزماً له، رغم أنه أصبح نافذاً في ذاته وملزماً بالنسبة للأشخاص الآخرين الذين لم تحل القوة القاهرة دون وصول وسيلة النشر إليهم».

والنشر واجب لنفاذ جميع أنواع التشريع[1] يستوي في ذلك التشريع الفرعي[2]

---

(1) وتقرر محكمة النقض ذلك بقولها: «إذا كان المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية المعمول بها أن من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح الواردة في الدساتير المتعاقبة والقاضية بأن أحكام القوانين لا تجري إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا يترتب عليها أثر وقع قبلها ما لم ينص على خلاف ذلك، هو القانون بمعناه الأعم فيدخل في هذا المجال أي تشريع سواء كان صادراً من السلطة التشريعية وهو ما يطلق عليه لفظ القانون بالمعنى الضيق، أم كان تشريعاً صادراً من السلطة التنفيذية عملاً بالتفويض المقرر لها طبقاً للمبادئ الدستورية المتواضع عليها لتقرير القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها أو استحداث ما من شأنه مخالفة غرض الشارع وهو ما يطلق عليه لائحة أو إقرار فإنه لا تسري أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح التنفيذية إلا على ما يقع من تاريخ صدورها، ولا يترتب عليها إثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعي». نقض 1976/6/2 س 27 ص 1266.

(2) وتقرر محكمة النقض بأن القرار التشريعي يسلتزم بطبيعته النشر في الجريدة الرسمية ليعلم به الكافة وليكون له حكم القانون الذي صدر تنفيذاً له وأعمالاً =

أو العادي أو الأساسي[1].

(ب) وسيلة النشر:

إن الوسيلة المعتمدة لنشر التشريع في العصر الحديث هي النشر في الجريدة الرسمية للدولة. فبالنسبة للقوانين وقرارات رئيس الجمهورية ونوابه بما يختصون ويفوضون فيه من الرئيس فتنشر في الجريدة الرسمية. أما القرارات الوزارية والمحلية وتلك الصادرة عن الهيئات العامة وكذا الإعلانات الحكومية والقضائية فتنشر في الوقائع المصرية وهي ملحق للجريدة الرسمية[2].

والنشر في الجريدة الرسمية هي الوسيلة الوحيدة المعتمدة لنشر التشريع ولا يغني عنه أي طريق آخر ولو كان قأقدر منه على إحاطة الناس علماً بالتشريع كالإذاعة بالراديو والتلفاز أو النشر في الصحف اليومية[3]. ولا يقوم مقام النشر إرسال التشريع الجديد مع كتاب دوري أو منشور إلى المصالح الحكومية المكلفة بتنفيذه[4].

ولا يغني عن النشر العلم اليقيني بالتشريع بأية وسيلة أخرى. ويجوز

= لأحكامه، ولا يمكن تسوية القرار في هذا الخصوص بالتنظيمات الإدارية التي يصدرها الوراء ورؤساء المصالح للموظفين ي حدود سلطاتهم التنفيذية، وقد تكفي فيها الأوامر الشفوية والكتب الدورية. نقض 1956/5/17 س 7 ص 607.

(1) تنص المادة 193 من الدستور المصري على أن يعمل بهذا الدستور من تاريخ إعلان موافقة الشعب عليه في الاستفتاء. ويقتضي ذلك سبق نشره بأية وسيلة من الوسائل قبل الاستفتاء عليه. وينبغي لنفاذه نشر موافقة الشعب عليه في الجريدة الرسمية.

(2) القرار الجمهورية رقم 901 لسنة 1967.

(3) وقد خرج القانون اللبناني على هذا الأصل وأجاز النشر بوسيلة من وسائل الاعلان الأخرى في حالة الضرورة الناتجة عن ظروف خاصة (م1/3 من المرسوم الاشتراعي رقم 9 بتاريخ 21 تشرين الثاني 1939، المضافة بالمرسوم الاشتراعي رقم 16 بتاريخ 13 نيسان 1943).

(4) نقض 1956/5/17 السابق.

لكل شخص أن يحتج بعدم علمه بالقانون ولو ثبت علمه الفعلي به. فهناك قرينة قاطعة مؤداها عدم العلم بالقانون غير المنشور في الجريدة الرسمية. ويفترض علم الكافة بالقانون بمجرد نشره. ويسري ذلك المبدأ بالنسبة للكافة. يستوي في ذلك الأفراد وهيئات الدولة المختلفة[1].

---

(1) ويعبر القضاء الإداري عن ذلك بقوله: «التفرقة.. بين علم افتراضي بالقوانين وهو علم الجمهور بها مجرد نشرها وعلم يقيني وهو علم الوزراء بالقوانين بمجرد إصدارها، هذه التفرقة لا يعرفها الدستور بل ينكرها.. إذ جعل نفاذ القوانين رهناً بنشرها وذلك بالنسبة إلى الناس كافة دون تفرقة بين حكام ومحكومين» محكمة القضاء الإداري في 1950/1/3، مجموعة أحكام مجلس الدولة، س 4 ص 147.

وتورد محكمة النقض تحفظاً هاماً على هذا المبدأ فيما يتعلق باللوائح المتممة للقوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية بناء على تفويض من المشرع، فهي تقرر بأن هذه اللوائح تعتبر من قبيل القرارات الإدارية، وإذا كان الأصل في القرارات الإدارية التنظيمية أنه لا يحتج بها في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشرها في الجريدة وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها إلا أن هذه القرارات تعتبر موجودة قانوناً بالنسبة لجهة الإدارة ويفترض علمها بها من تاريخ صدورها فتسري في مواجهتها منذ هذا التاريخ ولم لم تنشر في الجريدة الرسمية، ولا يقبل منها التحدي بعدم نفاذها في حقها إلا بعد نشرها، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر القرار الذي أصدره مدير عام مصلحة الجمارك بناء على= = تفويض من المشرع بتحديد نسبة التسامح التي أوجب القانون على مصلحة الجمارك بناء على تفويض من المشرع بتحديد نسبة التسامح التي أوجب القانون على مصلحة الجمارك احتسابها في حالات معينة، نافذاً لا يكون قد خالف القانون. نقض 1978/1/30 س 29 ص 300.

وتضيف المحكمة تحفظاً اخر بشأن القرارات الإدارية الفردية كالقرار الصادر بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص، فقرر: «الأصل أن القرار يعتبر موجوداً قانوناً بمجرد صدوره وتلزم جهة الإدارة بتنفيذه ولو لم ينشر، غير أنه لا يتج به على الأفراد ولا ينتج أثره في حقهم إلا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أو بعد إعلانهم به أو علمهم بمضمونه علماً يقيناً، وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها وحتى لا يطبق القرار بأثر رجعي على الماضي وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسب وما يقتضيه الصالح العام من استقرار الأفراد والمحافظة على عوامل الثقة والاطمئنان على حقوقهم. نقض 1975/10/28 س 26 ص 1339.

وإذا كان النشر هو الوسيلة المعتمدة للعلم بالقانون، فإنه لا يعتد بالنشر الذي لا يؤدي إلى هذا العلم. فلا يكفي مجرد طبع القانون بالجريدة الرسمية بل انتشار هذه الجريدة وتوافرها. ينبغي طبع أعداد كافية من تلك الجريدة وعرضها للتوزيع الفعلي في كل أنحاء البلاد. فإذا تم طبع أعداد محدودة جداً من الجريدة واحتفظت بها سلطات الدولة على نحو لا يمكن للجمهور الاطلاع عليها فإن النشر لا يتحقق من الناحية القانونية ولا يرتب آثاره. ونفس الحكم في حالة قيام قوة قاهرة كثورة أو فيضان، تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى إقليم معين. فالنشر لم يحقق العلم بالقانون ومن ثم فإنه لا يسري في مواجهة الأفراد المقيمين في هذا الإقليم[1].

وينبغي الإشارة، أخيراً، إلى أن العبرة بتاريخ نشر القانون من الناحية الواقعية دون الكلية. فقد يوجد فارق بين طبع الجريدة الرسمية وبين توزيعها. ينبغي الاعتداد بتاريخ التوزيع وليس بالتاريخ المبين على الجريدة، ذلك أن مجرد الطبع لا يحقق وسيلة النشر بل لا بدّ من توزيع الجريدة حتى يتاح للكافة فرصة العلم بالقانون[2].

(جـ) موعد النشر والنفاذ:

- يلزم الدستور المصري السلطة التنفيذية بنشر التشريع خلال أسبوعين من يوم صدوره. أما الدستور اللبناني فيحدد مهلة شهر للنشر في

---

(1) وفي هذا المعنى تقرر محكمة النقض بأنه متى كان القانون قد نشر في الجريدة الرسمية وبدأ العمل بأحكامه فإنه يفترض علم الكافة بهذه الأحكام من هذا التاريخ. ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلي وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتاً إلى منطقة من مناطق الجمهورية. نقض 8/4/1965 س16 ص476.

(2) وتقرر محكمة النقض ذلك المعنى بقولها: «افتراض علم الطالب بالقرار المطعون فيه من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية مرهون بعدم قيام أسباب تحول ضمناً دون =

الجريدة الرسمية، وخمسة أيام بالنسبة للقوانين التي يقرر مجلس النواب وجوب استعجال نشرها[1].

ولم يتضمن الدستور جزاءاً على مجاوزة السلطة التنفيذية للمهلة المحددة لنشر القانون في الجريدة الرسمية. ولا شك أن نشر التشريع بعد فوات المهلة ينطوي على مخالفة للدستور، إلا أن هذا المخالفة تعد شكلية وليست جوهرية، ومن ثم لا يجوز الطعن بعدم دستورية القانون الذي يتم نشره بعد فوات المهلة.

- يأمر رئيس الجمهورية في نهاية التشريع، عند إصداره، بنشره في الجريدة الرسمية. وبتمام النشر يصبح لازماً وواجب الاتباع. والأصل أنه لا يعمل بالتشريع فور النشر وإنما يعمل به بعد مرور شهر من اليوم التالي للنشر في القانون المصري. أما في لبنان فيعتبر التشريع نافذاً في اليوم الثامن من تاريخ النشر[2]. ويترك المشرع تلك المهلة حتى تتاح للأفراد فرصة العلم بالقانون وتوفيق أوضاعهم طبقاً لأحكامه.

= قيام هذا الافتراض. وإذا كان الطالب قد تمسك بأنه استحال عليه هذا العلم لأن العدد رقم 26 من الجريدة الرسمية الادر في 1974/9/5 والذي نشر به القرار المذكور لم يرسل إلى صالة بيع المطبوعات الحكومية لعرضه للبيع إلا بعد يوم 1974/9/10 وأيد دفاعه بالخطاب المؤرخ 1975/3/13 والصادر من وكيل إدارة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، فإن افتراض علم الطالب بالقرار المطعون فيه لا يبدأ إلا من يوم 1974/9/10». نقض 1975/6/19 س 26 ص 64.

وقضت كذلك أن «علم الكافة بالإجراءات التي أوجبها ذلك القانون مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض. فإذا كان المستانف قد دفع بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف إلى قلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية التي نشر فيها ذلك القانون وأن كانت قد طبعت في 1953/5/28 إلا انها لم توزع وتنشر فعلاً إلا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع، فإنه يكون مشوباً بالقصور» نقض 6/24/ 1958 س 9 ص 639.

(1) م 188 من الدستوري المصري، م 51 لبناني.

(2) م 188 من الدستور المصري، م 1/1 من المرسوم الاشتراعي رقم 9 بتاريخ 21/ 1939/11 في لبنان.

وطبقاً لهذا النص فإن يوم نشر التشريع لا يحسب في الميعاد. بل يلزم مرور شهر كامل، في القانون المصري، ابتداء من اليوم التالي لتاريخ النشر. وعلى ذلك إذا نشر التشريع في 15 إبريل فيعمل به يوم 16 مايو، وإذا نشر يوم 31 مايو فلا يعمل به إلا يوم أول يونيو.

ولكن الدستور يجيز للمشرع الخروج على الأصل السابق. لذا تملك السلطة التي سنت التشريع مد المياد السابق أو تقصيره بنص خاص يقرر العمل بالقانون في تاريخ آخر. ينص المشرع أحياناً على العمل بالقانون بعد أسبوع أو ستة أشهر أو سنة مثلاً من تاريخ نشره. ويتم إطالة المدة أحياناً لإفساح الوقت الكافي للإلمام بالقانون أو كمرحلة انتقالية بين التشريع القديم والتشريع الجديد. وقد لا يبدأ العمل بالقانون إلا بعد صدور اللائحة التنفيذية التي تبين أبعاده وتفصيلاته. وعلى أية حال فإنه ينبغي ملاحظة أن مدة الشهر المحددة لنفاذ التشريع (أسبوع في لبنان) لا تسري إلا في حالة عدم وجود نص مخالف.

وينص المشرع أحياناً، على العمل بالقانون من تاريخ نشره. هنا لا يمكن العمل بالتشريع إلا من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، ذلك أن تاريخ يوم النشر لا يدخل في النطاق الزمني لهذا التشريع، بل يدخل في النطاق الزمني للتشريع السابق عليه، «لأن هذا اليوم هو فاصل زمني يمتد أربعاً وعشرين ساعة، وقد يتم النشر في أي وقت فيه، وقد يتراخى هذا النشر لآخره. فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أول اليوم»[1].

(د) تصويب الأخطاء الواردة عند نشر القانون:

يمكن أن تظهر بعض الأخطاء في نص القانون بعد نشره في الجريدة الرسمية. ومن المتصور حدوث الخطأ في أي مرحلة من مراحل إصدار

---

(1) المحكمة الإدارية العليا في 1959/4/21، أحمد سمير أبو شادي، مجموعة القواعد القانونية للمحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، رقم 599 ص 619.

التشريع. والواقع أننا لسنا بصدد مشكلة نظرية، بل أمام ظاهرة كثيرة الوقوع للأسف أمام زيادة عدد التشريعات ونقض العناية الكافية في مراجعة أصول التشريع. قد يقع الخطأ في نسخة التشريع المرسلة إلى رئيس الجمهورية لإصداره. وقد يقع الخطأ في تحرير قرار الإصدار، أو عند طبع الجريدة الرسمية. وتتنوع صور الخطأ لتشمل الأخطاء اللغوية أو النحوية أو السهو المطبعي أو سقوط مادة من النص أو تغيير مضمون الحكم. فكيف يمكن تصويب مثل هذه الأخطاء؟.

ينبغي، للإجابة على هذا التساؤل، التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الذي يمس مضووع وجوهر التشريع.

1 ـ الخطأ المادي: وهو الخطأ الذي يمكن التعرف عليه بسهولة من خلال قراءة النص المنشور ذاته. مثال ذلك الخطأ اللغوي، أو السهو المطبعي الواضح، أو سقوط حرف أو لفظ يسهل استنباطه بطريقة قاطعة، أو مجيء كلمة قبل أخرى. فالخطأ المادي يتعلق بمسألة مادية بحتة لا يمس بأي حال من الأحوال جوهر الموضوع أو معناه.

يجوز للسلطة التنفيذية تصويب الخطأ المادي في عدد لاحق من الجريدة الرسمية للعدد الذي نشر فيه التشريع. وينبغي أن يكون النص المصحح مطابقاً للنص الوارد في مضابط السلطة التشريعية. ولا يتم عرض تصويب الخطأ على السلطة التشريعية ولا يصدره رئيس الدولة، بل تتولى إجراءه الجهة القائمة على نشر الجريدة الرسمية. ولا يتعلق الأمر بوضع نصوص جديدة بل بتفسير وتصويب نصوص قائمة ومن ثم فهو يسري بأثر رجعي منذ نشر القانون الذي ورد به الخطأ.

ويجوز للقاضي نفسه أن يقوم بتصحيح الخطأ المادي بالرجوع إلى النص المنشور ذاته. وتملك المحكمة أعمال النص في صياغته الصحيحة دون حاجة لإجراء التصويب فالأمر يدخل في نطاق التفسير القضائي للقانون.

2 ـ الخطأ الذي يمس موضوع وجوهر التشريع، وهو الخطأ الذي

يستلزم تصحيحه تعديل في إرادة المشرع وتغيير في النص المنشور لفظاً ومعنى.

هنا لا يمكن استدراك مثل هذا الخطأ إلا عن طريق إجراء تعديل تشريعي كامل بكافة شروطه الدستورية. وينبغي أن يصدر ذلك من الجهة التي تملك تعديل التشريع من طريق سن تشريع جديد بالتصحيح. ولا يسري هذا التشريع الجديد إلا من تاريخ نشره ما لم ينص فيه على الأثر الرجعي للتصحيح، ذلك أن الأمر يتعلق بنفاذ نصوص جديدة.

وتعبر محكمة النقض عن التفرقة السابقة بقولها أن «الاستدراك الذي ينشر بالجريدة الرسمية لتصحيح نص بالقانون هو وسيلة تتخذ لتدارك ما عسى أن يكون قد اكتنف النص الأصلي من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها، ويعتبر التصويب عندئذ جزءاً من النص التشريعي المصحح وله نفس قوته، فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير في النص المنشور لفظاً ومعنى فهو تعديل له من جهة لا تملك ولا يجوز إلا بصدور قانون آخر ولا ينال من النص الأصلي الذي يتعين أعمال أحكامه»[1].

المطلب الثاني

مبأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

تعتبر القاعدة القانونية ملزمة بذاتها للمخاطبين بها متى تكونت ونشأت صحيحة من أحد المصادر الرسمية للقانون. ويخضع الأفراد للقانون

---

(1) نقض 1966/1/18 س 17 ص 27. نقض 1982/1/3 س 33 جـ 1 ص 58.
وقد لجأ المشرع بالفعل إلى هذين الأسلوبين والتصحيح المادي، التصحيح الجوهري في عدة حالات منها: القانون 66 لسنة 1952 الخاص بالمناجم والمحاجر حين صدر القانون 336 لسنة 1953 ليضيف مادتين جديدتين هما 52، 54 لإتمام التصحيح. والقانون 43 لسنة 1979 الخاص بالحكم المحلي وقد تم نشر الاستدراك بالعدد 29 من الجريدة الرسمية الصادر في 1979/1/19.

ولو لم يرضوا به، ويلتزمون بأحكامه ولو لم يعلموا به. فمتى نشر القانون، فإنه يسري على الجميع دون استثناء. ويطبق على كافة من يتوجه إليهم حكمه، ولا يعفى أحدهم من الخضوع له. ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله بالقانون، أي لا يجوز لأي شخص، مهما كانت ظروفه، الاحتجاج بجهله بحكم قاعدة قانونية تهرباً من تطبيق أحكامها حتى لو ثبت فعلاً أنه كان يجهلها، فهذا الجهل لا يصلح عذراً للإفلات من الخضوع للقانون. ويعبر عن ذلك بأنه لا يفترض في أحد الجهل بالقانون.

(أ) مبررات المبدأ:

يجد هذا المبدأ مبرراته في الاعتبارات العملية، إذ لو أبيح الإفلات من تطبق القانون بحجة عدم العلم به لترتب على ذلك عدم تطبيق القانون في حالات كثيرة، مما يؤدي إلى الفوضى وعدم الاستقرار، ويؤدي ذلك إلى إهدار صفة الإلزام في القاعدة القانونية لأن تطبيقها سيكون متوقفاً على علم الأفراد بها من عدمه، ويؤدي ذلك بطبيعة الحال إلى البلبلة والتحايل على إثبات عدم العلم بالقانون تهرباً من حكمه.

يتضمن القانون صفة الإلزام في ذاته سواء بأحكامه أو بضرورة علم الأفراد به والسعي نحو هذا العلم، والقول بغير ذلك ينطوي على إهدار مبدأ المساواة بين المواطنين، وذلك من خلال تطبيق القانون على البعض دون الآخر. وهذا ما يتعارض مع سيادة القانون واستقرار النظام في المجتمع وتحقيق الصالح العام.

لذا كان من الضروري إقامة قرينة قاطعة على علم الناس بالقانون. وهذه القرينة لا تقبل إثبات العكس. وتجدر هذه القرينة أساسها في أن الأفراد يعلمون بالقانون من الناحية الواقعية من خلال وسائل الإعلام المختلفة والنشر في الجريدة الرسمية. هذا بالإضافة إلى أن المواطن العادي يتبصر ويتحرى عن حكم القانون قبل الإقدام على الفعل. ويعد ذلك المسلك

تنفيذاً لالتزام قانوني عام بوجوب العلم بالقانون، وهو أمر تقتضيه الطبيعة الإنسانية وحتمية العيش في مجتمع متمدين ومنظم.

ولا تثور مشكلة بالنسبة للعلم بالعرف نظراً لأنه ينشأ ويتكون بين الأفراد في الجماعة بطريقة تدريجية ومستقرة وثابتة ويتولد لديهم الاعتقاد بلزومه، خاصة بالنسبة للقواعد العرفية المتصلة بالدين في مسائل الأحوال الشخصية حيث يتواتر الناس على اتباعها والعلم التام بها.

(ب) نطاق المبدأ:

إن مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون عام التطبيق على كل القواعد القانونية أياً كان صدرها أو طبيعتها.

فيسري هذا المبدأ على سائر القواعد القانونية أياً كان المصدر الرسمي الذي تستمد منه، سواء كانت قاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية أو قاعدة مستمدة من الشريعة الإسلامية أو القانون الطبيعي والعدالة.

ويطبق هذا المبدأ كذلك على كل القواعد القانونية أياً كانت طبيعتها، سواء أكانت قاعدة آمرة أو قاعدة مقررة. ولا تثور صعوبة أو شك بالنسبة للقواعد الآمرة، أما بالنسبة للقاعدة المكملة أو المقررة فقد ذهب البعض إلى جواز الاحتجاج بالجهل بها نظراً لأنه يجوز الاتفاق أصلاً على مخالفتها.

ولكن الرأي الصحيح أنه لا مجال للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة من حيث تطبيق المبدأ. فصفة الإلزام تتوافر للقواعد المكملة شأنها في ذلك شأن القواعد الآمرة، كل ما في الأمر أن القواعد المكملة يشترط لتطبيقها سكوت الأطراف عن مخالفتها أي عن تنظيم الموضوع الذي تتناوله بطريقة مغايرة. فإذا أجزنا عدم تطبيق حكم القاعدة المقررة في حالة الجهل بأحكامها لأدى ذلك إلى استبعاد حكمها مما أدى إلى وجود فراغ لأنه لا يوجد فيه اتفاق يحل محلها.

(جـ) الاستثناء على تطبيق المبدأ:

يتفق الجميع على استثناء حالة قيام قوة قاهرة من تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل القانون.

فإذا قامت قوة قاهرة من شأنها أن تعوق وصول الجريدة الرسمية إلى الأشخاص الموجودين في منطقة عينة، فإنه يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون، حيث لا يمكن افتراض علم الشخص في هذه الحالة بالقانون المنشور.

ومن أمثلة القوة القاهرة: قيام حرب أو ثورة أو احتلال أجنبي أو كارثة طبيعية عامة يترتب عليها عزل إقليم من أقاليم الدولة ومنع وصول الجريدة الرسمية إليه. ويترتب على ذلك أن هذا الاستثناء قاصر على القواعد التشريعية لأنها هي التي تنشر بالجريدة الرسمية. أما بقية القواعد كالعرف والشريعة فلا ينطبق بشأنها هذا الاستثناء. ولا شك أن تحقق هذا الاستثناء أمر نادر في العصر الحديث بسبب تقدم سبل الاتصال وطرق النشر.

(د) الجهل بالقانون والغلط بالقانون:

طبقاً للمبادئ العامة في نظرية العقد ينبغي أن يتم إبرام العقد بالتراضي من خلال إرادة سليمة وغير معيبة، فيلزم أن لا يقع المتعاقد في غلط دافع إلى التعاقد. فالغلط هو وهم يتصل بأمر جوهري يتصور فيه الشخص الأمر على غير حقيقته مما يدفعه إلى إبرام العقد.

وقد ينصب الغلط على واقعة من الوقائع كمن يشتري تحفة على أنها ذات طبيعة أثرية ثم يتضح أنها عادية، وقد يقع الغلط على حكم من أحكام القانون، كمن يبيع نصيبه في الميراث معتقداً أنه يرث ثلث التركة ثم يتضح أن له النصف. ففي الحالتين تكون إرادة الشخص معيبة ويحق له إبطال العقد لعيب الغلط.

لذا ظن البعض أن جواز إبطال العقد لغلط في القانون يعتبر استثناء على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون.

والواقع أن هذا الظن خاطئ لأن المقصود بالمبدأ السابق أن الشخص لا يجوز له أن يحتج بعدم العلم بالقانون تهرباً من حكمه، أي أنه ليس من حقه التخلص من تطبق القانون بحجة الجهل به، أما في هذا الفرض فإن الأمر مختلف تماماً لأن المتعاقد يتمسك بتطبيق القاعدة التي وقع فيها الغلط أي اعمال حكم القانون وليس استبعاده. فالاعتذار بالجهل بالقانون لا يقصد به منع سريان قواعد الميراث، بل تطبيقها.

(هـ) امتناع المسئولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير جنائية:

تمتنع المسئولية الجنائية في الحالات التي يجهل فيها المتهم أحكام القانون غير الجنائي الذي تكون العقوبة مؤسسة عليه. مثال ذلك من يستولي على كنز وجده في أرض لغير دون أن يعلم حكم القانون المدني بشأن ملكية الكنز. لا يعتبر هذا الشخص مختلساً نصيب الغير وترتفع عنه المسئولية الجنائية نتيجة جهله بحكم القانون غير الجنائي.

وليس في ذلك خروج على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لأن هذا الجهل لن يمنع تطبيق القاعدة غير الجنائية بل ستظل سارية وتطبق في حقه، أما عن عدم المساءلة الجنائية فيجد أساسه في انتفاء القصد الجنائي وهو ركن أساسي من أركان الجريمة لا تقوم بدونه، ولا يتحقق القصد الجنائي لدى من يجد الكنز إلا بالعلم بالقاعدة غير الجنائية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه حيث أن الزوجين إذ أقدما على الزواج، لم يكونا عالمين تحريم الجمع بين المرأة وابنة أختها، شأنهما في ذلك شأن شاهدي العقد، وحيث وأنه وقد انتفى القصد الجنائي في جريمة التزوير لما تقدم بيانه تكون التهمة على غير أساس ويتعين براءة المتهمين منها[1].

---

(1) نقض 1943/5/10 مجموعة عمر الجنائية جـ 6 ص 247.

المبحث الرابع
رقابة صحة التشريع

مبدأ تدرج التشريعات:

رأينا أن هناك ثلاثة أنواع من التشريع يعلو بعضها على بعض في الدرجة. أي أن التشريعات تتدرج في القوة. فالدستور أو التشريع الأساسي يوجد في قمة هذا التدرج، ويليه التشريع العادي، ثم يتبعه التشريع الفرعي.

ويترتب على تدرج التشريع نتيجة هامة هي تقيد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى. فالتشريع العادي لا يجوز أن يخالف التشريع الأساسي. ولا ينبغي أن يخالف التشريع الفرعي التشريع العادي أو الدستور. فالدستور يقف في قمة هذا التدرج. وهذا ما يطلق عليه مبدأ سمو أو علو الدستور، أي أنه قواعده تعد أسمى القواعد في النظام القانوني كله.

ويستمد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذي يعلوه. لذا يقع باطلاً التريع الأدنى الذي يصدر مخالفاً للتشريع الأعلى، أي عدم صحة القانون المخالف للدستور، وعدم صحة اللائحة التي تخالف القانون أو الدستور. وإذا قام تعارض بين عدة قواعد تشريعية متفاوتة في القوة وجب على القاضي تطبيق القاعدة الأعلى في المرتبة، فيغلب الدستور على القانون ويغلب القانون على اللائحة والقرار الإداري.

ويتم التعبير عن الأفكار السابقة عن طريق مبدأين هامين: الأول، مبدأ شرعية اللوائح أو قانونية اللائحة. أي أن تكون اللائحة متفقة مع التشريع العادي. ويثور التساؤل، في هذا المقام عن جزاء مخالفة هذين المبدأين. والسلطة التي تملك مراقبة تطبيقهما وتوقيع الجزاء عند ثبوت المخالفة.

والواقع أن رقابة صحة التشريع تتم من جانبين: ناحية الشكل، وناحية الموضوع.

المطلب الأول
رقابة صحة التشريع من حيث الشكل

يقصد بصحة التشريع من الناحية الشكلية مراعاة الإجراءات والأصول التي يقضي بها الدستور في سن التشريع وإصداره ونشره. فالتشريع الذي يصدر بالمخالفة لتلك الإجراءات يكون معيباً بعيب شكلي ويفقد كل أو بعض صفاته القانونية.

فالتشريع العادي الذي لا توافق عليه الأغلبية المطلوبة من أعضاء مجلس الشعب في مصر أو مجلس النواب في لبنان لا يكون له وجود قانوني كتشريع. والتشريع الذي لا يصدره رئيس الجمهورية لا يكون نافذاً. والتشريع الذي لا ينشر في الجريدة الرسمية لا يكون واجب التطبيق لأنه غير ملزم.

والتشريع الفرعي الذي لا يصدر من الرئيس أو من الشخص الذي فوضه في إصداره في الحالات التي يجوز فيها التفويض، لا يكون موجوداً قانوناً. واللائحة التي لا تنشر في الجريدة الرسمية لا تكون ملزمة.

ولا يختلف أحد على ضرورة رقابة صحة التشريع من الناحية الشكلية، وأنه يحق للقضاء ممارسة هذه الرقابة. فإذا تبين للقاضي أن التشريع لم تتوافر فيه الشروط الشكلية المطلوبة كان عليه أن يمتنع عن تطبيقه. فمتى تثبتت المحكمة من عدم صحة التشريع بسبب المخالفة الشكلية كان عليها الامتناع عن تطبيقه. وتقف مهمة القاضي في هذه الحالة عند عدم تطبيق نص القانون المعيب شكلاً وذلك في الدعوى المطروحة أمامه، ولكنه لا يقضي ببطلان هذا القانون أو إلغائه. وتسمى هذه الرقابة برقابة الامتناع.

المطلب الثاني

رقابة صحة التشريع من حيث الموضوع

يكون التشريع صحيحاً من الناحية الموضوعية إذا كانت أحكامه متسقة مع أحكام التشريع الأعلى، إذ ينبغي أن يتقيد كل تشريع من حيث موضوعه بالتشريعات الأسمى منه درجة. فالتشريع الفرعي يجب ألا يصطدم مع التشريع الرئيسي أو العادي. ويجب ألا يتعارض التشريع العادي مع الدستور. فكيف تتم رقابة صحة التشريع من حيث الموضوع؟.

ينبغي التفرقة بين نوعين من الرقابة: الرقابة على صحة التشريع الفرعي، والرقابة على صحة التشريع العادي.

الفرع الأول

الرقابة على صحة التشريع الفرعي

ويطلق على هذا النوع من الرقابة رقابة مشروعية اللوائح، أي التحقق من مدى توافق أحكامها مع أحكام القانون والدستور. مثال ذلك إصدار الحكومة تشريعاً فرعياً تستولي به على أموال الناس دون أن تعوضهم عنها. هذا التشريع يخالف حكم الدستور الذي يقضي بعدم نزع الملكية الخاصة إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل[1].

لا خلاف على حق المحاكم في رقابة صحة التشريع الفرعي من الناحية الموضوعية لضمان عدم مخالفته لقواعد وأحكام التشريع العادي والدستور على السواء.

فالقضاء العادي يقتصر حقه على مجرد الامتناع عن تطبيق نص اللائحة المخالف للقانون أو الدستور في الدعوى المرفوعة أمامه، دون

---

(1) م 24 من الدستوري المصري.

إلغائه[1]. أي إننا نكون بصدد رقابة امتناع كما سبق أن رأينا بصدد رقابة صحة التشريع من حيث الشكل. ومؤدي هذه الرقابة بقاء اللائحة قائمة وقابلة للتطبيق على دعاوي أخرى غير تلك المعروضة على المحكمة، ذلك أن الحكم الصادر بالامتناع عن تطبيق اللائحة يحوز حجية نسبية مقصورة على النزاع موضوع الدعوى. أضف إلى ذلك أن امتناع المحكمة عن تطبيق اللائحة لا يقيد غيرها من المحاكم التي قد تذهب مذهباً مغايراً.

أما القضاء الإداري فسلطته في رقابة شرعية اللوائح أكثر اتساعاً من سلطة القضاء العادي. فالقاضي الإداري يملك هو الآخر الامتناع عن تطبيق اللائحة المخالفة للقانون أو الدستور، وله فضلاً عن ذلك سلطة إلغاء مثل هذه اللائحة باعبارها قراراً إدارياً إذا ما طلب منه ذلك خلال مدة معينة. ومرجع الخلاف بين سلطة كل من القاضي العادي والقاضي الإداري في هذا الشأن أن القضاء الإداري هو وحده الذي يختص بإلغاء القرارات الإدارية ولا يملك القضاء العادي إلغاء مثل هذه القرارات.

والجدير بالذكر أن سلطة القضاء الإداري في الإلغاء تمتد لتشمل اللوائح والأوامر الإدارية الفردية، هذا بالإضافة إلى القرارات بقوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الضرورة والتفويض لأنها تعتبر قرارات إدارية من حيث الشكل.

والواقع أن الطعن بعدم شرعية اللائحة أمام القضاء الإداري يمكن أن يتم من خلال أحد طريقين:

الأول: الطريق المباشر أي رفع دعوى مستقلة يطلب فيها المدعي إلغاء اللائحة المخالفة للقانون أو الدستور. وينبغي رفع الدعوى في الميعاد المحدد لرفع دعوى الإلغاء وهو ستون يوماً من تاريخ نشر اللائحة في الجريدة الرسمية.

---

(1) وتستطيع المحكمة أن تفعل ذلك من تلقاء نفسها، ولو لم يتمسك أحد الخصوم بذلك، لأن عيب عدم مشروعية اللوائح أو عدم دستوريتها أمر يتعلق بالنظام العام.

الثاني: الطريق غير المباشر، إذ يتم رفع دعوى إلغاء أمر إداري فردي صدر استناداً إلى لائحة مخالفة للقانون، فيطلب المتظلم عدم الاعتداد بهذه اللائحة، ويستطيع أن يطلب هذا الطلب في أي وقت دون التقيد بالميعاد المحدد لطلبات الإلغاء.

وتعبر محكمة القضاء الإداري عن ذلك بقولها: «ويجوز الطعن في القرارات التنظيمية العامة (أي اللوائح) بأحد طريقين: أما بالطريق المباشر أي بطلب إلغائها في الميعاد، أو بالطريق غير المباشر في أي وقت عند تطبيقها في الحالات الفردية، أي بطلب عدم الاقتداء بها لمخالفتها القانون، وذلك عن الطعن في القرارات الفردية بالإلغاء»[1].

الفرع الثاني
الرقابة على صحة التشريع العادي (رقابة دستورية القوانين)

(أ) عرض المشكلة:

رأينا أن دستورية القوانين تعني موافقة التشريع العادي لأحكام الدستور. ولا تثور مشكلة دستورية القوانين إلا في البلاد ذات الدساتير الجامدة، أي التي لا يجوز تعديلها عن طريق التشريع العادي، كما هو الحال في القانونين المصري واللبناني. أما حيث يكون الدستور مرناً فإن صدور تشريع مخالف له يعد أمراً مشروعاً، لأن هذا التشريع يعني تعديل الدستور، نظراً لعدم وجود تفرقة بين التشريع الدستوري والتشريع العادي.

(ب) رقابة المحاكم على دستورية القوانين:

بينما يوجد إجماع على سلطة المحاكم في بحث شرعية اللوائح، فإن حق المحاكم في رقابة صحة التشريع العادي الموضوعية للتأكد من موافقته

---

(1) محكمة القضاء الإداري 1952/2/5 المحاماة س 33، عدد 7، ص 1059.

لأحكام الدستور، أمر متنازع فيه في الفقه والقضاء، ومختلف فيه باختلاف النظم والشرائع. ويمن التمييز، في هذا المقام، بين تيارين رئيسيين متعارضين:

الاتجاه الأول، ويرى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين وذلك استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات، إذ تستقل السلطة التشريعية بسن التشريع، ويتولى رئيس السلطة التنفيذية إصداره، وتقتصر وظيفة السلطة القضائية على تطبيق التشريع، فقط، وليس لها التعرض لدستورية القوانين. ذلك أن قيام الحاكم بمراقبة دستورية القانون والامتناع عن تطبيقه هو من قبيل مراقبة أعمال السلطة التشريعية والتعقيب على تصرفاتها والتوصل الى إهدارها. ويعد ذلك خروجاً من السلطة القضائية عن اختصاصها وتعدياً على اختصاص السلطة التشريعية.

الاتجاه الثاني، ويرى تخويل المحاكم سلطة التحقق من دستورية القانون، لأن ذلك يدخل في صميم اختصاص القضاء. فالقاضي عند قيامه بهذا الدور لا يخرج عن وظيفته الأصلية وهي تطبيق القانون بمعناه العام أي مجموع القواعد القانونية السائدة في الدولة. ذلك أن الأمر يعرض على القاضي في صورة تعارض بين قاعدة تشريعية وأخرى دستورية، ويستحيل عليها تطبيقهما معاً لتعارضهما معا يتعين عليه الخيار بينهما، وبطبيعة الحال يكون من واجب القاضي، في هذه الحالة، اختيار وأعمال القاعدة الدستورية تطبيقاً لمبدأ تدرج التشريع وسمو الدستور.

والواقع أن رقابة المحاكم الدستورية التشريع لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، بل يؤكد هذا المبدأ ويقويه. ذلك أن تخويل المحاكم مثل هذا الحق يمنع السلطة التشريعية من الخروج عن حدود اختصاصها المحدد في الدستور، ويمنعها من أن تفرض على السلطة القضائية قانوناً غير دستوري وتلزمها بتطبيقه، وفي ذلك مساس باستقلال هذه السلطة واختصاصها بتطبيق القواعد القانونية بكافة أنواعها ودرجاتها.

وقد صدف هذا الرأي رواجاً في كثير من بلاد العالم وأخذت به غالبية الدساتير، وأهمها دستور الولايات المتحدة الأمريكية. أما الرأي الأول فقد أخذ به القضاء الفرنسي.

(جـ) كيف يراقب القضاء دستورية القانون؟:

تتم رقابة القضاة لدستورية القانون بأحد طريقين: الدعوى والدفع.

1 - طريق الدعوى، حيث يتم التوجه إلى القضاء ابتداء ومباشرة بدعوى أصلية يطلب فيها الحكم باعتبار قانون من القوانين غير دستوري لمخالفته أحكام الدستور. ويتم رفع الدعوى أمام محكمة خاصة[1] يخولها الدستور هذا الاختصاص. حيث تختص وحدها دون المحاكم العادية بالنظر في دستورية القوانين وإلغاء القانون غير الدستوري. وتصدر هذه المحكمة حكمها أما بدستورية القانون وأما ببطلانه أو إلغائه إذا ما ثبت لها عدم دستوريته. ويكون الحكم، في الحالتين ملزماً لجميع المحاكم وحجة على الكافة.

2 - طريق الدفع، وهنا لا يتم الطعن بعدم دستورية القانون عن طريق دعوى اصلية، بل عن طريق الدفع بمناسبة نظر دعوى قضائية يراد تطبيق القانون غير الدستوري عليها، حيث يدفع أحد الخصوم بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه. أي إن الطعن بعدم الدستورية يتم عن طريق دفع فرعي يبديه أحد الخصوم بمناسبة دعوى معروضة أمام القضاء. كما يجوز للمحكمة أن تتصدى من تلقاء نفسها لبحث دستورية القانون نظراً لأنها تكون مضطرة عند التعارض، لتغليب أحد التشريعات المتعارضة على غيره.

---

(1) والأصل أن حق رفع الدعوى بعدم الدستورية مقرر في هذه الحالة، لكل المواطنين، ولكن بعض الدول تقصره على هيئات عامة معينة.

وأما عن المحكمة التي تنظر الطعن فهي أما أن تكون المحكمة العليا في النظام القضائي كمحكمة النقض أو المحكمة الاتحادية العليا (كسويسرا مثلاً)، وأما أن تشكل محكمة لهذا الغرض كالمحكمة الدستورية العليا في مصر.

يختلف الحكم، في هذه الحالة بحسب الدول ويمكن التمييز بين اتجاهين:

- تتصدى المحكمة للبحث في مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور، فإذا تحققت من هذه المطابقة رفضت الدفع مؤكدة دستوريته وتتولى تطبيقه على النزاع المعروض عليها. أما إذا تثبتت من مخالفة القانون للدستور، فإن المحكمة تقضي بعدم دستوريته وتمتنع عن تطبيقه في الدعوى المعروضة عليها، وليس لها أن تحكم ببطلانه. وقد أخذت بهذا الأسلوب بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأستراليا والبرتغال.

- توقف المحكمة الفصل في الدعوى، وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة المختصة لتفصل فيه. وتصدر هذه المحكمة حكمها أما بدستورية القانون وأما بإلغائه. ويكون الحكم، في الحالتين حجة على الكافة وملزماً لجميع المحاكم. لذا يجب نشر الحكم القاضي بعدم دستورية القانون في الجريدة الرسمية.

(د) رقابة دستورية القانون في مصر ولبنان:

بالنسبة للدستور اللبناني، لم يتضمن أي نص خاص بمشكلة دستورية القوانين ومدى سلطة القضاء في رقابتها. ولكن قانون أصول المحاكمات المدنية يقضي بأنه «لا يجوز للمحاكم النظر في صحة أعمال السلطة الاشتراعية.. من جهة انطباق القوانين على الدستور[1]. واستناداً إلى هذا النص استقر الفقه والقضاء على أنه يحظر على المحاكم مراقبة التشريعات العادية من الناحية الموضوعية للتأكد من موافقتها لأحكام الدستور. ويجب على القاضي اللبناني تطبيق القوانين طالما تتوافر لها الشروط والمقومات الشكلية ويقتصر دور القاضي عند حد مراقبة التشريع من الناحية الشكلية المتعلقة بإقراره من مجلس النواب وإصداره من رئيس الجمهورية ونشره.

---

(1) م 2.

تدخل المشرع اللبناني حديثاً لمواجهة الموقف وأنشأ المجلس الدستوري لمراقبة دستورية القوانين والبت في النزاعات والطعون الناشئة عن الانتخابات الرئاسية والنيابية.

يعود حق مراجعة هذا المجلس في ما يتعلق بمراقبة دستورية القوانين إلى كل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء أو إلى عشرة أعضاء من مجلس النواب وإلى رؤساء الطوائف المعترف بها قانوناً في ما يتعلق حصراً بالأحوال الشخصية وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية وحرية التعليم الديني[1].

أما القانون المصري، فقد تم إنشاء المحكمة الدستورية العليا[2] لتختص دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

وتتصل تلك المحكمة بالمسألة الدستورية عن طريق:

1 ـ إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوي، عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

2 ـ إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

---

(1) وتحدد قواعد تنظيم المجلس وأصول العمل فيه وكيفية تشكيله ومراجعته بموجب قانون. قانون دستوري رقم 18 في 21 أيلول 1990.

(2) أنشأ المشرع المحكمة العليا بالقانون 81 لسنة 1969، ثم نص دستور 1971 على إنشاء المحكمة الدستورية العليا لتحل محل المحكمة العليا. صدر القانون 48 لسنة 1979 لتنظيم المحكمة الدستورية العليا.

يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوي الدستورية.

ويعد الحكم الصادر نهائياً وغير قابل للطعن فيه، ويعد ملزماً لجميع سلطات الدولة وللكافة. ويجب نشر أحكام المحكمة في الجريدة الرسمية بغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها. ويترتب على هذا النشر التوقف عن تطبيق نص اللائحة أو القانون غير الدستوري من اليوم التالي للنشر.

ولا يؤثر الحكم الصادر بعدم دستورية نص من النصوص على الأحكام التي صدرت بالتطبيق لهذا النص متى كانت قد أصبحت نهائية قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا. أما إذا صدر حكم استناداً إلى النص الذي قضي بعدم دستوريته، ولا زال هذا الحكم قابلاً للطعن عليه بالاستئناف أو بالنقض، فإنه يجوز الطعن في هذا الحكم تأسيساً على عدم دستورية النص.

إلا أنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلي ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه[1]. مؤدي ذلك أن الحكم بعدم دستورية النص الجنائي يماثل تماماً صدور قانون جديد يعتبر الفعل مباح. ومن المقرر أن مثل هذا القانون يسري بأثر رجعي على الأفعال التي تكون قد ارتكبت في ظل القانون القديم. وبناء على ذلك يستفيد المحكوم عليه من حكم المحكمة الدستورية العليا ولو كان الحكم الجنائي قد صار نهائياً باستنفاذ طرق الطعن فيه بل ولو تم البدء في تنفيذه. ويترتب على ذلك وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كافة آثاره الجنائية.

---

(1) المواد 29، 27، 48، 49 من القانون 48/1979.

المبحث الخامس
صياغة التشريع

تتكون القاعدة القانونية من عنصرين: عنصر العلم وعنصر الصياغة يتعلق عنصر العلم بجوهر القانون وموضوعه، أي بالمادة الأولية التي يتكون منها القانون، وبالعوامل التي تدخل في مضمونه أي القوى الخلاقة للقانون.

أما عنصر الصياغة فيتمثل في إخراج هذا المضمون إلى حيز العمل من خلال الوسائل الفنية اللازمة لإنشاء القاعدة القانونية والتعبير عنها، وتسمى بأساليب صناعة أو صياغة القانون. وعلى هذا فالصياغة القانونية هي بمثابة تحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد عملية صالحة للتطبق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها، ويتم ذلك عن طريق اختيار الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون القاعدة وإعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق.

وتعد الصياغة القانونية عنصر هاماً من عناصر تكوين القاعدة القانونية، فهي التي تخرجها إلي حيز الوجود، ويتوقف نجاح تلك القاعدة على دقة الصياغة ومدى ملائمة أدواتها. لهذا ينبغي مراعاة الدقة في صياغة القاعدة القانونية من خلال اختيار التعبير الفني العملي وأقرب السبل وأفضل الأدوات لتحقيق الغاية المقصودة منها.

ونعرض في هذا الصدد لأنواع الصياغة ثم لطرق الصياغة.

المطلب الأول

أنواع الصياغة القانونية

يمكن صياغة القاعدة بصورة جامدة تقيد القاضي ولا تترك له مجالاً للسلطة التقديرية. ويمكن صياغتها بطريقة مرنة تترك له حرية واسعة في التقدير والتطبيق.

أ ـ الصياغة الجامدة:

تعتبر صياغة القاعدة القانونية جامدة إذا كانت تواجه فرضاً معيناً أو وقائع محددة وتتضمن حلاً ثابتاً لا يتغير مهما اختلفت الظروف والملابسات. لذا يجد القاضي نفسه مضطراً لتطبيق الحل أو الحكم بمجرد توافر الفرض بطريقة آلية وصارمة.

وينطبق ذلك على القواعد التي تتضمن مواعيد وأرقام محددة، مثل القواعد المحددة لمواعيد الطعن في الأحكام بالنقض أو الاستئناف. فمتى فات الميعاد المحدد للطعن، فإن القاضي لا يملك إلا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد.

ونفس الحكم بالنسبة لكل شخص بلغ سن الرشد دون أن يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، فمجرد بلوغ الشخص هذه السن (21 سنة في مصر، 18 سنة في لبنان) يؤدي إلى اكتمال أهليته دون أن يكون للقاضي سلطة تقديم أو تأخير ذلك.

ب ـ الصياغة المرنة:

تكون الصياغة مرنة إذا اكتفت القاعدة القانونية بإعطاء القاضي معياراً مرناً عاماً يستهدف به من وضع الحلول المناسبة لكل حالة على حدة من القضايا المعروضة عليه طبقاً للظروف والملابسات المختلفة. فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة إزاء تطبيق القاعدة المرنة.

مثال ذلك القاعدة القانونية التي تقرر بأنه ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف. فهذه الصياغة المرنة تترك للقاضي حرية واسعة في تقدير الضرر وما إذا كان يعتبر مألوفاً أم غير مألوف. ويختلف ذلك بطبيعة الحال بحسب العرف وموقع العقار والغرض المخصص له.

وكذلك الحال بالنسبة للقاعدة التي تعطي للواهب الحق في الرجوع في الهبة متى كان يستند إلى عذر مقبول. فلا شك أن معيار العذر المقبول معيار مرن يتيح للقاضي السلطة الكاملة في تقديره وفقاً لظروف كل حالة على حدة.

وتعتبر قواعد قانون العقوبات مرنة إذا كانت تحدد العقوبة من خلال وضع حد أقصى وحد أدنى مع ترك الحرية للقاضي في تطبيق العقوبة المناسبة بين هذين الحدين طبقاً للظروف الخاصة بكل حالة على حدة.

جـ - مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة:

تتميز الصياغة الجامدة بالانضباط وتحقيق الاستقرار في المعاملات، ومن شأنها أن تؤدي إلى المساواة المطلقة والعدل المجرد، إذ لا مجال فيها للتحكم أو التمييز والمحاباة. ويعاب عليها أنها لا تحقق العدالة لأنها تتسم بالجمود وعدم مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة.

أما الصياغة المرنة فتتميز بأنها تحقق العدالة أو العدل الواقعي لأنها تمكن القاضي من إعطاء الحل المناسب لكل واقعة أو الحل الذي يتمشى مع ظروف كل حالة وملابساتها. فالقاضي يختار العقوبة المناسبة لظروف كل جريمة وحالة كل مجرم. فهو ينزل بالعقوبة إلى الحد الأدنى إذا وجدت ظروف مخففة. ويرتفع بالعقوبة إذا وجدت ظروف مشددة. فمن يسرق

لإحضار الدواء لأولاده لا يمكن أن يأخذ حكم من سرق أنثى بالقوة لمجرد اللهو والعبث وتعاطي المخدرات.

ومن مزايا الصياغة المرنة أيضاً قدرتها على التطور ومسايرة التغيرات الاجتماعية ومواجهة الوقائع والحالات الجديدة التي تكشف عنها الحياة العملية.

وقد يعاب على القاعدة المرنة أن من شأنها أن تؤدي إلى التحكم بسبب السلطة الواسعة التي تمنحها للقاضي، وأنها تؤدي إلى تغاير الحلول بشأن الحالات المتماثلة مما يؤدي إلى عدم الاستقرار. إلا أن ذلك القول غير صحيح، فالقاضي أثبت من الناحية العملية التطبيق الدقيق لتلك القواعد والبعد عن الشهبات. فضلاً عن أن الدور الرقابي لمحكمة النقض يلعب دوراً هاماً في ضبط الحلول وتوحيد المعايير المطبقة في هذا الشأن.

والواقع أن القانون الوضعي في حاجة إلى النوعين من الصياغة في نفس الوقت. فالأصل أن تكون القواعد القانونية منضبطة ومحددة، إلا أنه توجد حالات كثيرة لا بدّ وأن تصاغ فيها القواعد بصورة مرنة تتجاوب مع الظروف المتغيرة وما قد يستجد من وقائع.

المطلب الثاني
طرق الصياغة القانونية

تنقسم طرق الصياغة القانونية إلى قسمين: طرق مادية وطرق معنوية.

أولاً: طرق الصياغة المادية:

يقصد بطرق الصياغة المادية للقانون استخدام الأدوات التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسماً في مظهر خارجي ملموس يمكن تبينه بسهولة. ومن هذه الطرق: إحلال الكم محل الكيف، والشكل.

أ ـ إحلال الكم محل الكيف:

يقصد بإحلال الكم محل الكيف التعبي عن المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية بصياغة كمية أو رقمية. فهنا يتم تحديد الفكرة أو المضمون (كيف) تحديد ثابتاً، لا مجال فيه للتزويل أو الخلاف والتحكم، من خلال رقم معين، مما يجعل تطبيقها آلياً ويسيراً من الناحية العملية.

ولعل المثال الواضح على ذلك هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية بسن معينة. فجوهر القاعدة القانونية في هذا الفرض هو أن الشخص تكتمل أهليته إذا اكتمل تمييزه ورجح عقله (كيف). ويتم التعبير عن ذلك الجوهر بصياغة كمية معينة (كم) هي تحديد سن الرشد برقم معين (21 سنة في مصر، 18 سنة في لبنان).

وتتميز هذه الطريقة بالاستقرار والانضباط وسهولة التطبيق، لأن الوقوف على تمام التمييز ورجحان العقل ليس له معيار محدد ويثير الاختلاف بسبب تفاوت الأفراد في ذلك وصعوبة قيام القاضي بهذا الدور، مما يدفع المشرع إلى صياغة هذه الفكرة في صورة رقمية ثابتة وهي اختيار سن معينة يعتبر الفرد فيها مكتمل الأهلية.

ومن أمثلة الصياغة الكمية للقاعدة القانونية تحديد العقوبات بمدة معينة أو بغرامة تتمثل في دفع مبلغ محدد من المال، وكذلك تحديد أنصبة الورثة بنسب معينة. وتحديد مدى الحق في الوصية بثلث التركة، وتحديد مدة التقادم المسقط أو المكسب بمدة معينة (15 سنة أو عشر سنوات أو خمس أو سنة).

ب ـ الشكليات:

يقصد بالشكل المظهر الخارجي الذي قد يتطلبه القانون بالنسبة للتصرفات التي يبرمها الأفراد حتى ترتب آثارها القانونية. فالشكل عنصر خارجي يضاف إلى العنصر الداخلي في التصرف ليؤكد وجوده ويضمن

مفعوله وترتيب آثاره. ويقصد بالشكل اما التنبيه إلى خطورة وأهمية التصرف، واما تيسير إثباته، واما الاحتجاج به على الغير.

1 - إن الشكل الذي يقصد منه التنبيه إلى خطورة التصرف هو الرسمية، أي إبرام التصرف أمام موظف رسمي في كتابة رسمية طبقاً للأوضاع القانونية المقررة. ويكون التصرف باطلاً إذا لم يتم إبرامه بالشكل الرسمي المطلوب. فالرسمية لازمة لانعقاد التصرف لا لمجرد إثباته.

فالقاعدة العامة هي الرضائية في إبرام التصرفات القانونية، أي الاكتفاء بتراضي الأطراف على انعقاده، إلا أن القانون لا يكتفي بذلك بالنسبة لبعض التصرفات نظراً لخطورتها، ويلزم أن يتم التعبير عن ذلك التراضي في صورة رسمية لإبراز أهمية التصرف. مثال ذلك اشتراط أن تكون هبة العقار بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة. والرهن الرسمي لا ينعقد إلا إذا تم بورقة رسمية. واشتراط إذن المحكمة بالنسبة لبعض التصرفات التي يجريها الوصي في أموال القاصر.

2 - وقد يتطلب القانون الشكل لتيسير إثبات التصرف القانوني ومنعاً للمنازعات بشأنه. مثال ذلك اشتراط القانون الكتابة لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن مبلغ معين، وما عدا ذلك يجوز إثباته بشهادة الشهود. فالتصرف يقوم ويكون صحيحاً بغير الكتابة ولكن لا يجوز إثباته إلا كتابة، فالكتابة هنا شرط للإثبات وليس للانعقاد.

3 - وقد يشترط القانون الشكل لإمكان الاحتجاج بالتصرف في مواجهة الغير. فالتصرف ينعقد صحيحاً ويرتب آثاره بين الأطراف بمجرد انعقاده بالتراضي، إلا أنه لا ينتج آثاره بالنسبة للغير (الأجنبي عن التصرف) إلا من خلال إتمام شكل معين. مثال ذلك النص على أن الشركة المدنية تعتبر شخصاً اعتبارياً بمجرد تكوينها، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القانون.

4 - وقد يتطلب القانون شكلاً معيناً لترتيب بعض الآثار القانونية على

التصرف. مثال ذلك أن كل التصرفات القانونية الواردة على العقار والتي من شأنها نقل ملكيته أو ترتيب حق عيني عليه كحق الرهن مثلاً، لا تنتج أثرها بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا بعد شهرها بالشهر العقاري. فالتسجيل يعد شرطاً لنقل ملكية العقار أو ترتيب الحقوق العينية عليه.

ثانياً: طرق الصياغة المعنوية:

تتمثل الطرق المعنوية في العمل الذهني الذي يلجأ إليه المشرع لإخراج القاعدة القانونية إخراجاً عملياً يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها، وأهم هذه الطرق هي: القرائن القانونية، الحيل القانونية.

أ ـ القرائن القانونية:

القرينة القانونية هي افتراض قانوني يجعل من الشيء المحتمل أمراً مؤكداً، وذلك استناداً إلي ما هو مألوف في الحياة والراجح في العمل، وفقاً لما يرجحه العقل. فالقرينة القانونية هي عمل ذهني مؤداه تحويل الشك إلى يقين بطريقة تتفق مع الواقع والمألوف في الحياة.

وتتمثل القرينة في استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم استناداً إلى أن تحقق الأمر الثاني يرتبط في الغالب بوجود الأمر الأول، أي أنه يتم استنباط واقعه من واقعة أخرى لأن ذلك هو الغالب في العمل.

إذا كان المجال الأصلي للقرائن هو مجال الإثبات، فإنه يتم استخدامها كذلك في مجال القواعد القانونية الموضوعية.

1 ـ القرائن القانونية في مجال الإثبات:

تلعب القرائن القانونية دوراً هاماً في مجال الإثبات خاصة بالنسبة للأوضاع التي يصعب إثباتها بدليل مادي حاسم. يفترض القانون تحقق أمر معين متى تحققت أوضاعٍ أخرى لأن ذلك هو الوضع الغالب والمألوف في العمل.

مثال ذلك قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود من زوج الوالدة. فإثبات نسب الطفل إلى الأدب أمر عسير حتى من الناحية العلمية، إلا أنه طبقاً للغالب أن الزوجة تقتصر على معاشرة زوجها جنسياً ومن ثم فهي لا تلد إلا منه، وعلى هذا فإن المولود أثناء قيام الزواج يعتبر أنه ابن الزوج دون حاجة إلى إثبات.

ومثال ذلك أيضاً أن الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة. فالمستأجر الذي يثبت أنه قد وفي بقسط متأخر من الأجرة (شهر مايو مثلاً) تقوم لصالحه قرينة الوفاء بالأقساط السابقة (الشهور من يناير حتى إبريل)، وذلك لأن الغالب في العمل أنه لا يتم الوفاء بالأقساط اللاحقة إلا بعد سداد الأقساط السابقة.

والقرائن السابقة بسيطة يمكن إثبات عكسها، بمعنى أنها تعفى من تقررت لصالحه من إثبات الواقعة التي تقررها. إلا أنه لما كانت القرائن مبنية على الراجح والغالب في العمل وليس اليقين المؤكد، فإنه يجب فتح الباب لإمكان إثبات عكسها أي إقامة الدليل على وجود أوضاع مخالفة للقاعدة العامة. فمثلاً يستطيع الأب أن يقيم الدليل على أن الابن المولود من زوجته ليس ابنه بشرط أن يكون هذا الدليل مؤكداً. ونفس الحكم بالنسبة للمؤجر حيث يستطيع تقديم الدليل على أن الوفاء قد تم بالأقساط اللاحقة دون السابقة.

إلا أن هناك بعض القرائن القانونية القاطعة التي لا يجوز إثبات عكس ما تقضي به. مثال ذلك اعتبار الضرر الناجم عن تهدم البناء أو بسبب الالات الميكانيكية قرينة على خطأ وتقصير حارس المبنى أو الآلة في القيام بحراستها، فالحارس يكون مسئولاً عن الضرر على أساس الخطأ المفترض في الحراسة، وقرينة الخطأ في الحراسة تعتبر قاطعة لا يجوز للحارس أن يدفع مسئوليته بإثبات عدم وقوع خطأ منه في الحراسة، لأن القانون يفترض خطأه بطريقة لا تقبل العكس.

2 ـ القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية:

تلعب القرائن القانونية دوراً هاماً في مجال القواعد الموضوعية، حيث تكون الدافع إلى خلق القاعدة أو لتقرير حكمها، وينتهي دورها بعد ذلك ويبقى الحكم قائماً على استقلال ولو اختفت مبرراته أو تخلفت دوافع نشأته في بعض الحالات.

مثال ذلك القاعدة الموضوعية التي تقرر كمال الأهلية عند بلوغ سن معينة. فهذه القاعدة قامت على قرينة مؤداها أن بلوغ هذه السن هو دليل النضج والكمال لدى الأفراد. وبمجرد وضع القاعدة، ينتهي دور القرينة، ويطبق حكمها على الجميع حتى ولو كانت هناك بعض الحالات الشاذة، كوجود بعض الأشخاص الذين يكتمل نضجهم قبل السن المحددة أو يتأخر هذا النضج لديهم.

مثال ذلك أيضاً القاعدة التي تقرر حجية الأمر المقضي، فهذه قاعدة موضوعية قامت على قرينة مؤداها أن الحكم يعتبر عنوان الحقيقة فيما قضى به، إلا أن هذه القرينة تختفي وتظل القاعدة قائمة ومطبقة على كل الأحكام حتى لو شذ بعضها وكان مخالفاً للحقيقة.

ب ـ الافتراض أو الحيل القانونية:

يفترض القانون أحياناً بعض الأمور المخالفة للحقيقة بهدف التوصل إلى ترتيب أثر قانوني معين. فالحيل القانونية تقوم على أمر مخالف للواقع والحقيقة مخالفة صريحة. وذلك عكس القرينة القانونية التي تقوم على شيء غالب الاحتمال وتجعله يقيناً وصحيحاً، فهي تقوم على افتراض يتفق مع الحقيقة. وكل من القرينة والحيلة يقوم على تصوير ذهني للواقع بقصد الوصول إلى غايات عملية معينة. فكلاهما طرق معنوية لصياغة القاعدة القانونية. إلا أن الخلاف بينهما يكمن في أن القرينة تجعل من الشيء المحتمل صحيحاً أما الحيلة فتجعل من الشيء غير الصحيح صحيحاً.

ومن أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية العقارات بالتخصيص حيث يعبر القانون بعض المنقولات من قبيل العقار توصلاً لترتيب آثار قانونية معينة، فالماشية والالات الزراعية التي ترصد لخدمة الأرض تعتبر في الأصل منقولات، إلا أن القانون يخالف الواقع ويعتبرها عقارات بالتخصيص حتى تأخذ حكم العقار المخصصة لخدمته وتتبعه في التصرفات.

وكذلك الحال بالنسبة للمنقول بحسب المآل، فأنقاض المنزل التي تباع وهي قائمة تعتبر منقولات مع أنها في الحقيقة عقار وقت البيع وذلك باعتبار المآل القريب الذي ستتحول إليه.

وينبغي في النهاية التأكيد على أنه بالرغم من الفائدة التي تحققها الحيل القانونية والطرق المعنوية بصفة عامة في صياغة القواعد القانونية، إلا أنه ينبغي أن يظل الالتجاء إليها محدوداً في أضيق نطاق لأنها تقوم على أساس مخالف للطبيعة والواقع، ويجب عدم التوسع في تفسير هذه القواعد القائمة على الافتراض الذي ينبغي أن يتحدد مداه بالغرض المقصود منه.

المبحث السادس
انقضاء التشريع

نعرض للمقصود بانقضاء التشريع، ثم نبين صور إلغاء التشريع، ثم نشير إلى آثاره.

المطلب الأول
المقصود بانقضاء التشريع

يزول التشريع من الحياة القانونية بعدة طرق: انقضاء مدة العمل به إذا كان تشريعاً مؤقتاً، الإبطال، الإلغاء.

(أ) انقضاء مدة العمل بالتشريع المؤقت:

يصدر التشريع للعمل به بصفة دائمة، فالأصل أن التشريع لا يكون محدد المدة. ولكن المشرع يصدر، في بعض الأحيان، تشريعات مؤقتة حيث يتم تحديد فترة معينة للعمل بالتشريع. فالتشريع المؤقت هو التشريع الصادر لمدة محددة أو لمواجهة ظروف عابرة. ومن ثم فإن التشريع يزول بحلول التاريخ المحدد لانقضائه. ويزول التشريع كذلك بانقضاء الحالة أو الظروف التي صدر لمواجهتها. مثال ذلك التشريعات التي تصدر لمواجهة حالة حرب أو أزمة معينة.

وأمام الطبيعة الاستثنائية للتشريع المؤقت فإن القضاء يشترط أن يتم تحديد مدة العمل به بصورة صريحة، فلا يكون التحديد ضمنياً مستفاداً من ظروف وضع التشريع وملابساته[1].

---

(1) نقض جنائي 1968/6/17 س 19 ص 701.

ولقد صدرت بعض هذه التشريعات لمواجهة آثار العدوان على مدن قناة السويس عام 1967، ومنها القانون 21 لسنة 1968 الذي قرر وقف إجراءات التنفيذ والإجراءات المترتبة على التأخير في سداد الأجرة المستحقة على الأماكن المؤجرة في محافظات القناة لمدة ستة أشهر ومد العمل به إلى حين إزالة آثار العدوان. ومنها أيضاً القوانين الصادرة بفرض التسعير الجبري على بعض السلع التموينية.

(ب) إلغاء التشريع:

يقصد بإلغاء التشريع وقف العمل به وتجريده من قوته الملزمة، أي نسخ القاعدة القانونية وإنهاء سريانها ومنع العمل بها إبتداء من هذا الإنهاء[1]. فالإلغاء هو رفع حكم قانوني بحكم قانوني آخر متأخر عنه بما يترتب عليه وقف العمل بالتشريع الأول ورفع قوته الملزمة.

ويتم الإلغاء بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمناً[2] بأن يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده. ومن الجائز أن يتم إلغاء التشريع أما عن طريق استبدال نصوص أخرى بنصوصه أو بالاقتصار على وقف مفعوله دون سن تشريع جديد، بمعنى أنه لا يلزم أن يشتمل النص الناسخ على بديل للحكم المنسوخ[3].

---

(1) وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: «إذا رأى الشارع إلغاء القاعدة المقررة بقانون (رسوم التعريفة الجمركية) فإن ذلك لا يبرر الخروج عنها بالنسبة للوقائع السابقة على هذا الإلغاء بل هو تأكيد بالتزام العمل بها في النطاق المنصوص عليه بالتشريع السابق». نقض 1965/10/26 س 16 ص 911.

(2) وتقرر محكمة النقض: الأصل أن النصوص تسري على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها وأن التشريع لايجوز إلغاؤه إلا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمناً. نقض 1972/6/1 س 23 ص 623.

(3) نقض 1975/11/5 س 26 ص 1011، 1986/6/20 طعن 2348 س 52.

(جـ) إبطال التشريع:

رأينا أن الإلغاء هو إنهاء العمل بقانون صحيح قائم ونافذ، ويؤدي إلى وقف تطبيق القاعدة القانونية بالنسبة للمستقبل، دون أن يؤثر على صحة تطبيقها في الماضي. أما الإبطال فيرد على قاعدة أو تشريع غير صحيح واعتباره كأن لم يكن بأثر رجعي. فالإبطال لا يرد إلا على تشريع معيب في تكوينه، ويرتب زواله بأثر رجعي، فيعتبر التشريع بذلك كأن لم يكن.

وإبطال التشريع أمر غاية في الخطورة. لذا فإنه من النادر أن يتعرض تشريع للإبطال، إذ يسبب ذلك الكثير من المشاكل في الحياة العملية، نظراً لصعوبة محو التشريع بأثر رجعي وزوال الآثار التي ترتبت عليه في الماضي. لهذا فإن الأثر الرجعي لبطلان التشريع لا يتم أعماله بصفة مطلقة بل يتقرر بالقدر الذي لا يضر بحقوق الأفراد ولا يزعزع المراكز القانونية المشروعة التي نشأت بالفعل أثناء سريان القانون الباطل. وزوال التشريع بالإبطال أما أن يتم بصدور قاعدة قانونية جديدة تقرره وتنظم آثاره، وأما أن تقرره المحاكم.

ولعل المثال الظاهر للبطلان هو حالة تشريعات السلطة الفعلية التي تصدر أثناء الغزو أو الاحتلال كما حدث بالنسبة للغزو العراقي للكويت. فقد أصدرت السلطة الفعلية أثناء احتلال الكويت بعض التشريعات التي اعتبرت باطلة بمجرد عودة النظام الدستوري السابق.

ومثال حالة إبطال التشريع ما يحدث في تشريعات الضرورة التي تصدرها السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في حالة غيابها. إذ ينبغي عرض هذه التشريعات على مجلس الشعب بعد عودته. فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون. وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد آثارها في الفترة السابقة وتسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر[1].

(1) م 147 من الدستور المصري.

(د) سلطة إلغاء التشريع:

القاعدة أن السلطة التي سنت التشريع هي التي تملك إلغاءه. فإلغاء التشريع هو في ذاته عمل تشريعي يصدر عن ذات السلطة التي أنشأت التشريع الملغى أو يصدر عن سلطة أعلى منها. فالتشريع لا يلغيه إلا تشريع من نفس درجته أو تشريع أعلى. أي أن النص لا يلغيه إلا نص في قوته أو أقوى منه.

فالتشريع الأساسي (الدستور) لا يمكن إلغاءه كلياً أو جزئياً إلا بتشريع أساسي يصدر طبقاً للإجراءات التي يقررها الدستور. والتشريع العادي لا يلغى إلا بتشريع عادي أو تشريع أساسي. والتشريع الفرعي (اللوائح) والقرارات تلغيها السلطة التي وضعتها بلوائح وقرارات مثلها، ويمكن إلغاءها كذلك بتشريع عادي أو أساسي. والتشريع الفرعي لا يمكنه إلغاء تشريع عادي وأساسي. وليس للتشريع العادي أن يلغي التشريع الأساسي. فلا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي قاعدة قانونية وضعتها سلطة أعلى[1].

وينبغي ملاحظة أن التشريع الذي يصلح كأداة للإلغاء هو التشريع الصحيح الذي صدر مستوفياً شرائطه الموضوعية والشكلية، أما التشريع الباطل فلا يرتب أي أثر ولا يؤدي إلى إلغاء أي قاعدة تشريعية قائمة.

ويجب مراعاة صلة التشريع بصفة عامة بالمصادر التالية له في المرتبة. فالتشريع هو المصدر الرسمي الأول للقانون. ومن ثم فإنه لا يتم إلغاءه إلا عن طريق تشريع جديد من نفس القوة أو أقوى منه. أما العرف

---

(1) وتقرر محكمة النقض بأن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق مماثل أو أقوى منه. فلا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو تضيف إليها أحكاماً جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون. نقض 1967/5/25 س 18 ص 1121 – 1972/5/18 س 23 ص 971.

فهو أدنى مرتبة من التشريع، لهذا فإن التشريع لا يلغيه العرف، ولا يجوز نسخ النص التشريعي بمقتضي عرف لاحق.

ويترتب على ذلك أن إهمال التشريع وعدم استعماله مدة طويلة لا يؤدي إلى إلغائه. فعدم تطبيق التشريع مدة طويلة قد يكون بمثابة عرف سلبي بعدم الاستعمال، والعرف لا يملك إلغاء التشريع لأنه أعلى مرتبة من العرف.

ويعبر القضاء عن ذلك بقوله: حيث أن قانون المطبوعات قد سقط بتعمد الحكومة عدم تنفيذه مدة طويلة مع وجود أحوال كثيرة كانت تدعو إلى تنفيذه، هو قول غير مقبول لأن القانون لا يلغى صراحة أو ضمناً إلا بقانون مثله. ولا يلغى القانون لعدم العمل به مهما طالت المدة، بل ولا بالعمل على نقيضه، لأن الحكومة مكلفة بتنفيذ القوانين فلا يمكن أن يكون بدها إلغاءها وهي لم تصدر منها، بل أن للسلطة التشريعية التي أصدرت القانون هي وحدها التي تملك إلغاءه. ولا يمكن التسليم نظاماً بأن السلطة التشريعية تصدر القانون ثم تأتي السلطة التنفيذية وتمتنع عن تنفيذه فيؤدي ذلك إلى بطلانه، لأن ذلك معناه اشتراك السلطة التنفيذية في التشريع وهو ما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات.

المطلب الثاني
صور إلغاء التشريع

تقضي المادة الثانية من القانون المدني المصري بأنه «لا يجوز إلغاء نص تريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع»[1].

يتضح من ذلك النص أن الإلغاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً.

---

(1) نقض 1966/12/15 س 17 ص 1933.

أولاً: الإلغاء الصريح.

الإلغاء الصريح هو أن يفصح التشريع الجديد بوضوح عن نسخ تشريع معين قائم، أي صدور قاعدة تشريعية ينص فيها صراحة على الإلغاء. وقد يرد النص على إلغاء القانون السابق في آخر مادة في القانون الجديد. وقد يضع المشرع نصوص الإلغاء في ما يسمى بقانون الإصدار الذي يسبق نصوص التشريع الجديد[1].

ولا يشترط أن يشتمل النص الناسخ على بديل للحكم المنسوخ، بل قد يقتصر الأمر على الغاء الحكم القائم فيعود الحال إلى ما كان عليه الأمر قبل الحكم الملغى.

ثانياً: الإلغاء الضمني:

تعريف الإلغاء الضمني:

الإلغاء الضمني لا يكون بنص صريح، فالمشرع لا يعرب عن إرادته بإلغاء التشريع القائم، ولكن هذا الإلغاء يستنبط من صدور تشريع حديث متضمناً أحكاماً متعارضة مع أحكام تشريع سابق. يوجد نصان أحدهما سابق والآخر لاحق يستحيل الجمع بينهما في آن واحد، ذلك أن النص الجديد يتضمن حكماً يتضارب مع حكم النص القديم فيعتبر الحكم الجديد ناسخاً ضمناً للحكم القديم لاستحالة أعمال الحكمين المتعارضين في وقت واحد.

فالقاعدة أن التشريع الحديث ينسخ التشريع السابق فيما يقع بينهما من تعارض. ذلك أن إرادة المشرع تكون واضحة في إلغاء القاعدة القانونية

---

(1) مثال ذلك قانون التأمين الاجتماعي في مصر رقم 79 لسنة 1975 حيث تتضمن المادة الثانية من قانون إصداره التشريعات التي ألغيت بناء على صدوره.

ومثاله ما ينص عليه قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 90 لسنة 1983 من إلغاء قانون أصول المحاكمات المدنية السابق.

السابقة عن طريق القاعدة الجديدة. أن تشريع المشرع حكماً معارضاً لحكم شرعه من قبل ولا يمكن الجمع بينهما هو عدول منه عن حكمه السابق دون حاجة إلى التصريح بذلك.

لهذا يشترط للقول بالإلغاء الضمني أن يتوارد النصان القديم والجديد على محل واحد يستحيل معه أعمالهما[1]. ذلك أن التعارض الذي يستتبع إلغاء نص تشريعي بنص في تشريع لاحق لا يكون إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال أعمالهما فيه معاً. أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون في محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص في التطبيق[2]. فإذا كان في الامكان تحديد نطاق منفصل لاعمال حكم كل قانون فلا نوجد بصدد إلغاء ضمني[3]. ولا

---

(1) نقض 1972/3/29 س 23 ص 564.

(2) مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض: «والمقصود بالتعارض، في هذا الخصوص، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، أن يكون النصان واردين على محل واحد ويستحيل أعمالهما فيه معاً. وإذا كان نص المادة 1/177 من القانون المدني قد نظم أحكام مسئولية حارس البناء عن الأضرار الناشئة عن تهدمه بسبب قدمه أو عيب في أو الإهمال في صيانته، وكانت نصوص القانون رقم 49 لسنة 1977 التي خلت من النص صراحة على إلغاء تلك المادة، لم تتضمن تنظيماً لاحكام تلك المسئولية بل اقتصرت على تحديد الإجراءات والاحتياطات الواجب اتباعها في شأن المنشآت الآيلة للسقوط أو تلك التي تحتاج إلى ترميم أو صيانة وطرق الطعن في القرارات الصادرة بشأنها وهو ما لا يحول دون أعمال هذه القواعد وقاعدة مسئولية حارس البناء معاً كل في مجاله الخاص في التطبيق، فإن نصوص القانون 49 لسنة 1977 لا تكون ناسخة لنص المادة 1/177 من القانون المدني. نقض 1986/2/20 طعن 2348 سن 52 ق.

(3) مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض بأنه «وإذا كان القانون 325 لسنة 1953 لم ينص على إلغاء القاعدة الواردة بقرار مجلس الوزراء الصادر في 1953/2/25 بأن يخصم من إعانة الغلاء بما يعادل نصف علاوة الترقية أو العلاوة الدورية عند استحقاق أيهما ولم يشتمل القانون سالف الذكر على نص يتعارض مع أحكام القرار المذكور وإنما قصد إلى تنظيم جديد من حيث كيفية الخصم لا من حيث مبدئه فجعل هذا الخصم يلحق العلاوة ذاتها رأساً بمقدار النصف بدلاً من أن يلحق =

يمنع من ذلك ازدواج التشريع في قانون البلد الواحد، لأن الشارع هو الذي يقدر الحكمة من هذا الازدواج وليس للقاضي إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه(1).

والإلغاء الضمني له عدة صور هي:

(أ) تنظيم نفس الموضوع من جديد:

إذا صدر قانون جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظمه قانون سابق فإن ذلك يعني إلغاء التشريع السابق ويحل محله التشريع الجديد حتى ولو لم ينص هذا التشريع على ذلك(2). فالإلغاء يعد أمراً طبيعياً لأن التنظيم الجديد

= الخصم إعانة الغلاء بمقدار نصف العلاوة وذلك بالنسبة للعلاوات التي استحقت منذ نفاذه «فإن قرار مجلس الوزراء سالف الذكر يبقى مطبقاً من حيث طريقته في الخصم بالنسبة للعلاوات التي استحقت في مدة سريانه». نقض 1964/7/7 س 15 ص 482.

(1) نقض 1966/5/10 س 17 ص 105 وقد ورد فيه: «إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق في صدد النقل البحري الدولي إلا في نطاق محدود، فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق في أحكام قانون التجارة البحري السابقة عليها بما يعد نسخاً لها لأن التعارض الذي يستتبع إلغاء نص تشريعي بنص في تشريع لاحق لا يكون، في حكم المادة الثانية من القانون المدني، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال اعمالهما فيه معاً..».

(2) ويشترط وحدة مجال تطبيق القانونين بطبيعة الحال، أما إذا اختلف مجال أعمال كل منهما فإن التعارض لا يقوم ولا يتم الإلغاء الضمني. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق الأمر العسكري رقم 469 يختلف عن مجال تطبيق القانون رقم 317 سنة 1952 ذلك أن هذا هو الأمر تنطبق أحكامه في الحدود المبنية به على جميع العمال في مديريتي قنا وأسوان دون التقيد بما إذا كانت مناطق العمل بعيدة عن العمران والتي حددها وزير الشئون الاجتماعية ومن ثم فلا محل للقول بأن القانون 317 لسنة 1952 قد نظم من جديد ما سبق أن نظمه الأمر العسكري 469 ولا يكون بالتالي ثمة محل للتحدي بنص المادة الثانية من القانون المدني فيما نصت عليه من أنه يلغى التشريع السابق إذا صدريع لاحق ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرار قواعده ذلك التشريع». نقض 1959/15/17 س 10 ص 82.

يقطع بإلغاء التنظيم القديم، إذ يستحيل أن يتم تنظيم نفس الموضوع بأكثر من تشريع. ومن الملاحظ عملاً أنه يندر أن يعيد المشرع تنظيم الموضوع دون أن ينص في التشريع الجديد صراحة على إلغاء التشريع السابق.

فالنسخ يكون ضمنياً إذا صدر تشريع جديد ينظم تنظيماً كاملاً وضعاً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق. وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً، حيث يفهم ضمناً من إعادة تنظيم نفس الموضوع كلية بواسطة التشريع اتجاه إرادة المشرع إلى إحلال التنظيم الجديد محل التنظيم السابق.

ويعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً سواء تحقق التعارض الكامل بينه وبين التشريع الجديد أو اختفى التعارض بين بعض النصوص التشريعين. لهذا فإن التشريع اللاحق يلغى التشريع السابق في كل نصوصه بما، في ذلك النصوص التي لم يقع فيها تعارض بين التشريعين. فالتعارض بين التشريعين. لا يتعلق بمسألة تفصيلية وإنما يتعلق بالمبدأ الذي أسس عليه التشريع السابق، لهذا فإن الإلغاء يجب أن يشمل أحكام هذا التشريع جميعاً[1].

(ب) التعارض الجزئي:

يتحقق التعارض الجزئي إذا كان التشريع الجديد يتضمن أحكاماً تتعارض مع بعض أحكام التشريع القديم دون أن يعيد التشريع الحديث تنظيم نفس الموضوع الذي ينظمه التشريع القديم.

في هذه الحالة تصبح أحكام التشريع القديم ملغاة في النطاق الذي تتعارض فيه مع أحكام التشريع الجديد، أي أن الإلغاء يتم جزئياً في حدود التعارض بين التشريعين. وتظل قائمة دون إلغاء أحكام القانون القديم التي لم تعارضها أحكام القانون الجديد.

---

(1) نقض 1977/11/30 س 28 ص 1012.
تمييز (هيئة عامة) رقم 3 في 11 شباط 1967، العدل رقم 2.

وهنا يكمن الفارق بين هذه الحالة والفرض السابق. ففي هذه الحالة لا يتم إلغاء التشريع القديم برمته لأن التعارض يحدث بين أحكام تفصيلية. لهذا فإن الإلغاء يكون في حدود رفع التعارض فقط. أما الفرض السابق فإن التعارض يتصل بأساس التشريع القديم أي بالمبدأ الذي أسس عليه، لذا فإن النسخ يشمل كل أحكامه[1].

(جـ) التعارض بين حكم عام وحكم خاص:

أن التعارض الذي يؤدي إلى الإلغاء الضمني للتشريع هو التعارض القائم بين قواعد قانونية قديمة وأخرى حديثة، ونظراً لاستحالة تطبيقهما معاً، فيفهم ضمناً أن النص الأحدث قد نسخ وألغى الأقدم. ولا يتم الإلغاء، الضمني، في هذه الحالة، إلا في نطاق التعارض بين التشريع القديم والتشريع الحديث. فإذا كان التعارض بينهما تاماً وكلياً. اعتبر القانون القديم ملغياً كله رلغاء ضمنياً بالقانون الحديث. أما إذا كان التعارض جزئياً أي واقعاً في بعض الأحكام فقط، فإن الإلغاء الضمني لا يقع إلا في حدود التعارض بين القديم والجديد، أي يكون الإلغاء جزئياً.

وينبغي ملاحظة أن التعارض الذي يؤدي إلى الإلغاء الضمني للتشريع هو ذلك الذي يقع بين أحكام ذات طبيعة واحدة من حيث تطبيقها، أي تكون أحكاماً ذات صفة واحدة أي من نفس النوع أي تكون كلها ذات أحكام عامة أو خاصة. فإذا كان الحكم القديم عاماً وجب أن يكون الحكم الجديد عاماً. وإذا كان الحكم الجديد خاصاً وجب أن يكون الحكم القديم خاصاً. أما التعارض بين حكم عام وحكم خاص فلا يعني وجود تناقض بينهما لذا فإنه لا يؤدي إلى إلغاء أحدهما بواسطة الآخر.

يتضح من ذلك أنه إذا صدر قانونان متعاقبان في الزمان ومتعارضان في الأحكام وكان أحدهما عاماً والآخر خاصاً، فإنه لا يحدث تناقض بينهما

(1) تمييز، رقم 96 في تشرين الأول 1967، العدل رقم 136.

ويتم إلغاء أحدهما بواسطة الآخر، بل يمكن التوفيق بينهما بسهولة طبقاً للمبدأ القائل بأن الخاص يقيد العام، سواء كان الحكم الخاص هو الحكم الجديد أو الحكم القديم[1]، ويتضح ذلك فيما يلي:

1 ـ فإذا كان التشريع القديم يتضمن حكماً عاماً، وكان التشريع الجديد يتضمن حكماً خاصاً، فإن الحكم الجديد الخاص يقيد فقط الحكم القديم العام ولا يلغيه. فالقانون الجديد لا يلغى من القانون القديم إلا ما جاء بتخصيصه فقط. لذلك يظل القانون القديم قائماً كما هو، فيما عدا الحالة الخاصة التي نص عليها القانون الجديد. ويعتبر هذا القانون بمثابة استثناء على القانون القديم يحد من عموميته. وبعبارة أخرى فإن القاعدة الجديدة الخاصة تحد من نطاق تطبيق القاعدة القديمة العامة بحيث يمتنع تطبيقها في خصوص المسألة التي وضعت لها القاعدة الجديدة. أي أن الحكم الحديث الخاص يقيد الحكم القديم العام ولا يلغيه.

مثال ذلك: يتضمن القانون المدني الأحكام العامة لعقد الإيجار، وأصدر المشرع تشريعات خاصة ببعض أنواع الإيجار مثل إيجار الأماكن وإيجار الأرض الزراعية. هنا يطبق التشريع الخاص فيما ورد بشأنه فقط ولا يؤدي ذلك إلى إلغاء أحكام القانون المدني بل تسري هذه الأحكام في غير مجال الأحكام الخاصة التي وردت بالنسبة للإيجار الزراعي وإيجار الأماكن[2].

---

(1) نقض 1974/10/15 س 25 ص 978.
محكمة استئناف جبل لبنان 26 تشرين الأول 1954 ن ق ص 802.

(2) وتقرر محكمة النقض: «إذا كان التقنين المدني يعتبر الشريعة العامة فإن أحكامه تسود سائر معاملات الناس على سبيل الدوام والاستقرار، بحيث تعتبر النصوص المنظمة لعقد الإيجار هي الواجبة التطبيق أصلاً ما لم تطرأ ظروف معينة يرى المشرع فيها ضرورة تعطيل بعض أحكامه أو إحلال تشريعات خاصة بديلاً عنها، وكانت التشريعات الخاصة بإيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر بينما أملتها اعتبارات تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فهي تعتبر مقيدة لنصوص القانون المدني التي تتعارض معها فلا يرجع إلى أحكام القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص من الأحكام، ولا يجوز إهدار القانون الخاص لأعمال القانون العام =

2 ـ أما إذا كان التشريع القديم يتضمن حكماً خاصاً، وكان التشريع الجديد يتضمن حكماً يتعارض معه، فإن هذا التعارض لا يؤدي إلى إلغاء النص القديم الخاص، وإنما يعمل بكل من النصين معاً[1]. ومعنى ذلك أن الحكم القديم الخاص يظل قائماً وسارياً، باعتباره استثناء على القاعدة العامة التي يتضمنها الحكم الجديد العام[2]. فالحكم الجديد العام يظل مقيداً بالحكم القديم الخاص ولا يلغيه[3]. ذلك أن الحكم الخاص لا يلغى ضمنياً إلا بحكم

= لما في ذلك من مجافاة صريحة للغرض الذي من أجله وضع القانون الخاص». نقض 1984/4/22 س 35 ص 1873 – 1990/2/4 طعن 832 س 53 ق.

(1) ولا يسري ذلك المبدأ، بطبيعة الحال، إلا بصدد الإلغاء الضمني. أما في مجال الإلغاء الصريح فيمكن أن يلغى النص الجديد العام الحكم الخاص القديم.

(2) مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه وإن كان قد ورد في نص المادة 5/4 من معاهدة سندات الشحن، التي أصبحت نافذة المفعول في مصر اعتباراً من 29 مايو 1944، تحديداً لالتزام الناقل أو السفينة بتعويض مقداره مائة جنيه استرليني، كما ورد في نص المادة التاسعة منها على أنه يراد بالوحدات النقدية الواردة بها القيمة الذهبية، إلا أنه ليس لما ورد بهذين البندين أثر ما على التشريع الخاص بشرط الذهب في مصر، وهو ما صدر به مرسوم 2 أغسطس سنة 1914، ثم المرسوم بقانون رقم 45 لسنة 1935، وقد نص في هذا الأخير على بطلان شرط الذهب في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية. ولما كان هذا القانون معتبراً تشريعاً خاصاً متعلقاً بالنظم النقدية والعملة وهي من النظام العام.. فإنه لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى معاهدة بروكسل وإنفاذها بمرسوم سنة 1944 من شأنه التأثير في هذا التشريع الخاص بما يعد إلغاء له...». نقض 12/11/ 1960 س 11 ص 126.

(3) ولقد أعملت محكمة النقض هذا المبدأ فقضت بأنه إذا كان التقنين المدني يعتبر الشريعة العامة فتسود أحكامه سائر معاملات الناس على سبيل الدوام والاستقرار، بحيث تعتبر النصوص المنظمة لعقد الإيجار هي الواجبة التطبيق أصلاً ما لم تطرأ ظروف معينة يرى الشارع معها ضرورة تعطيل بعض أحكامه وإحلال تشريعات خاصة بديلاً عنها، وكان القانون رقم 121 لسنة 1947 بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين الموجرين والمستأجرين تشريعاً خاصاً في طبيعته ونطاقه إذ خرج به المشرع عن الأحكام العامة لعقد الإيجار ووضع له أحكاماً خاصة، فرض بمقتضاها التزامات معينة على كل من المؤجر والمستأجر قصد بها الحد من حرية المؤجر في تحديد الأجرة وفي طلب الإخلاء وقصر تطبيقه على الأماكن المشار إليها فيه، وكان =

خاص مثله متعارض معه[1].

مثال ذلك الحكم العام الذي يتضمنه القانون المدني المصري الصادر سنة 1949، القاضي بأن تسري على الميراث والوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة في هذا الشأن (م 785، 915). هذا الحكم العام الجديد لا يلغى الحكم الخاص القديم الوارد بالقانون 25 لسنة 1944 الذي يجيز لورثة غير المسلم الاتفاق على أن يتم التوريث طبقاً لشريعة المتوفي. يظل هذا الحكم الخاص قائماً وسارياً كاستثناء من القاعدة العامة التي يقررها القانون المدني الجديد ألا وهي تطبيق الشريعة الإسلامية.

= القانون الخاص لا يلغيه إلا قانون خاص مثله ولا ينسخ بقانون عام ما لم يكن التشريع الجديد الذي أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى الحالة التي كان يحكمها القانون الخاص، وجاءت عبارته قاطعة في سريان حكمه في جميع الأحوال، فإن القانون الخاص، وجاءت عبارته قاطعة في سريان حكمه في جميع الأحوال، فإن القانون رقم 121 لسنة 1947 يظل نافذاً أو قائماً حتى بعد صدور القانون المدني. ولا يسوغ القول بأن القانون المدني قد نظم أحكام عقد الإيجار من جديد يعتبر وفقاً للمادة الثانية من القانون المدني ملغياً لكل ما سبقه من قوانين متعلقة بعقد الإيجار وبالعلاقة بين المؤجر وبين المستأجر. فالقانون المدني الجديد قد حل محل القانون المدني القديم فقط دون أن يستطيل إلى إبطال القوانين الخاصة ومن بينها القانون رقم 121 لسنة 1947 إذ لكل من القانونين مجاله. نقض 1978/6/7 س 29 ص 1427.

(1) مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض: «إن ما أجازته المادة 221 من قانون المرافعات من استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، لا يعتبر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – استثناء من حكم المادة 4/15 من القانون 121 لسنة 1947 التي تقضي بأن الأحكام الصادرة في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون لا تكون قابلة لأي طعن، ذلك أن القانون سالف الذكر، هو تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات ولا سبيل إلى إلغاء أحكامه إلا بتشريع ينص على هذا الإلغاء. ولا يستفاد هذا الإلغاء، من نص المادة 221 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 من إلغاء كل نص آخر يخالف أحكامه ذلك أن هذا النص هو نص عام لا يقرر سوى مبدأ الإلغاء الضمني ولا ينصرف إلى إلغاء النص الوارد في قانون خاص وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف رغم ما تمسك به الطاعن من بطلان الحكم الابتدائي فإنه يكون قد التزم صحي القانون. نقض 1975/5/20 س 26 ص 1011.

المطلب الثالث

آثار إلغاء التشريع

يترتب على إلغاء القانون إنهاء حياته بالنسبة للمستقبل دون مساس بمظاهر تطبيقه التي تمت في الماضي. يتوقف العمل بالقانون بمجرد إلغائه. ويظل سريان القانون الملغى على الوقائع التي تمت في ظله قائماً. وقد يكتفي بإلغاء القانون القائم دون سن تشريع جديد فيعود الحال إلى ما كان عليه قبل التشريع الملغى.

وقد يتم استبدال القانون الملغى بقانون آخر يسري، كقاعدة عامة، بأثر فوري منذ نفاذه ما لم ينص المشرع على أعماله بأثر رجعي. ويطبق القاضي في بعض الأحيان، القانون القديم بعد إلغائه على الوقائع، التي حدثت، في ظله. كما هو الشأن بالنسبة إلى القوانين الجنائية التي تحدد الجرائم وتقرر العقوبات. إذ يتم العقاب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها وذلك ما لم تكن القوانين النائية الجديدة أصلح للمتهم فتسري على الجرائم التي وقعت قبل نفاذها.

وسوف نعرض بمناسبة تطبيق القانون لمشكلة فض التنازع بين القوانين من حيث الزمان، إلا أننا نكتفي في هذا المقام بالمبدأ العام الذي أرسته محكمة النقض بقولها: «الأصل في صدد سريان القانون من حيث الزمان أن إلغاء قاعدة قانونية وحلول قاعدة قانونية أخرى محلها يترتب عليه ـ إذ تعلقت القاعدتان بأوضاع قانونية تكونت في لحظة واحدة ـ أن تسري القاعدة الجديدة بأثر فوري منفذ نفاذها ويقف في ذات الوقت سريان القاعدة القانونية بغير تنازع بين القاعدتين. أما إذا كانت الأوضاع القانونية لا تتكون الا خلال فترة زمنية متداخلة بين قاعدتين قانونيتين فإنه يتعين في سبيل فض التنازع بينهما أن يمتنع تطبيق القاعدة القانونية الجديدة بأثر رجعي يمس الوضع المتكون في الماضي طبقاً للقاعدة القانونية القديمة كما يمتنع استمرار تطبيق القاعدة القانونية القديمة بأثر ممتد على الوضع الذي يكون

قد تكون بعد إلغائها وذلك كله ما لم يورد المشرع أحكاماً تقرر رجعية القاعدة القانونية الجديدة أو امتداد القاعدة القانونية القديمة أو أن تكون المسألة التي مسها التشريع تدخل في عموم إحدى مسائل القانون الخاص التي عني المشرع بتنظيم التنازع الزمني في القوانين بشأنها في المجموعة المدنية أو مجموعة قانون المرافعات[1].

وإذا كانت تلك الاثار العامة لإلغاء التشريع، فإنه ينبغي، بهذه المناسبة، الإشارة إلى مشكلتين هامتين فيما يتعلق بأثر إلغاء التشريع على كل من لوائحه التنفيذية والقوانين الأخرى في حالة الإحالة.

(أ) أثر إلغاء القانون على لوائحه التنفيذية:

إن من مبادئ إلغاء القانون أنه إذا تم إلغاء تشريع معين دون أن يصدر تشريع جديد في ذات الموضوع، فإنه يترتب على هذا الإلغاء نسخ كافة اللوائح التنفيذية التي صدرت تنفيذاً لهذا القانون دون حاجة إلى صدور قرارات خاصة بذلك.

أما إذا ألغي قانون معين واستبدل به قانون آخر ينظم ذات الموضوع، بالأصل هو الإبقاء على اللوائح التنفيذية للقانون الملغى ما دامت لا تتعارض مع القانون الجديد إلا إذا نص هذا القانون على إلغائها. بل أن المشرع كثيراً ما ينص على بقاء العمل باللائحة التنفيذية للقانون القديم إلى حين صدور لائحة جديدة[2]. وعلى أية حال فإنه ينبغي العمل بذلك المبدأ دون حاجة إلى نص.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: أن إلغاء نظام قانوني معين استبدل به نظام قانوني جديد وأن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك

---

(1) نقض 1966/11/22 س 17 ص 1518.

(2) مثال ذلك نص القانون 34 لسنة 1976 بشأن السجل التجاري على إستمرار العمل بالقرارات الصادرة تنفيذاً للقانون الملغى رقم 219 لسنة 1953 إلى أن تصدر اللائحة التنفيذية، فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون (م 24).

التي لا تتعارض مع النظام القانوني الجديد إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذاً للقانون القديم وبالنسبة للنصوص الواردة فيها والتي تتوافق مع القانون الجديد فإنها تبقى نافذة المفعول إلى ما بعد صدور القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغاء مثل هذه اللوائح[1].

(ب) إثر إلغاء القانون على القوانين الأخرى في حالة الإحالة:

يقوم المشرع، أحياناً، عند إصدار تشريع معين، بالإحالة إلى نصوص موجودة في قوانين أخرى من أجل تحديد شروط تطبيق وآثار وإجراءات التشريع الجديد. ويحدث أن تلغى النصوص المحال إليها بعد صدور التشريع المحيل. ومن ثم يثور التساؤل لمعرفة تأثير إلغاء التشريع المحال إليه على التشريع المحيل.

ينبغي للإجابة على هذا التساؤل التفرقة بين عدة فروض:

أولاً: الإحالة المحددة، وهي الإحالة إلى بيان معين فقط، وتحدث حينما يحدد القانون نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه في قانون آخر. تقرر محكمة النقض بأنه في هذه الحالة يكون القانون المحيل قد ألحق هذا البيان ذاته ضمن أحكامه هو فيضحي جزءاً منه يسري بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصلاً[2]. معنى

(1) نقض 1974/11/30 س 25 ص 1301 - 1973/4/26 س 24 ص 682 حيث قضى بأن القانون الجديد لبلدية الإسكندرية الصادر في سنة 1950 والذي ألغى الأمر العالي الصادر في سنة 1890 لا يستتبع إلغاء اللوائح السابق صدورها في ظل الأمر الملغى، ومنها القرار الصادر بفرض رسوم على محال الخمور، إذ لم ينص فيه على إلغاء ما يتوافق مع أحكام القانون الجديد، وإنما يبقى هذا القرار قائماً حتى صدور قرار جديد بتعديله أو إلغائه ويكون النعي بعدم الدستورية غير جدي لأن الضرائب والرسوم المحلية لا يشترط فرضها بقانون وإنما يكفي أن تصدر بناء على قانون.

(2) نقض 1984/6/10 س 35 ص 1982.
تمييز لبناني 1970/7/14 ن، ق، ص 1136.

ذلك أن إلغاء أو تعديل القانون المحال إليه لا يؤثر مطلقاً على القانون المحيل لأن البيان المحدد المحال إليه قد اندمج في القانون المحيل ولا يتأثر بأية تعديلات تطرأ على هذا البيان من خلال التشريع الذي يتضمنه.

وتطبق ذلك محكمة النقض في مجال التأمين بقولها: ولما كانت المادة الخامسة من قانون التأمين الإجباري على السيارات قد أحالت، بشأن تحديد المستفيدين من التأمين، إلى المادة السادسة من قانون المرور 449/1955، فإن المشرع يكون قد ألحق بحكم الخامسة من قانون التأمين الإجباري ذات البيان الوارد بالمادة السادسة من قانون المرور، فلا يتأثر بقاء هذا البيان بإلغاء القانون الأخير. وبالتالي يظل الوضع على ما كان عليه. من أن التأمين على السيارة الخاصة يكون لصالح الغير دون الركاب ولباقي أنواع السيارات يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها[1].

ثانياً: الإحالة المطلقة، وهي الإحالة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر بصفة عامة. مؤدي ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمراً محدداً في خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما في ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير[2]. يترتب على ذلك أن القانون المحيل يتبع القانون المحال إليه سواء في مجال تعديله أو تفسيره.

وإذا ألغى التشريع المحال إليه واستبدل بتشريع جديد فإن الإحالة تنتقل إلى النصوص الجديدة، أي أنها تحل محل النصوص القديمة في مجال الإحالة وتصبح هي النصوص المحال إليها بالنسبة للقانون المحيل. أما إذا ألغي التشريع المحال إليه دون استبداله بتشريع جديد، فإن التشريع الملغى يظل، من حيث الأصل، موجوداً وقائماً، في حدود هذه الإحالة فقط، باعتباره جزءاً من التشريع المحيل الذي لم يتم إلغاء.

---

(1) نقض 1986/1/28 طعن رقم 1478 س 52 ق.

(2) نقض 1991/1/31 (هيئة عامة) طعن رقم 981 س 58 ق.

ثالثاً: الإحالة إلى مرفق أو جهة من جهات التقاضي، قد يحيل القانون إلى قانون آخر ينظم مرفقاً أو خدمة أو محكمة، ثم يتم إلغاء القانون المحال إليه. إذا تم استبدال القانون الملغى بقانون آخر ينظم ذات المرفق فإن الإحالة تنتقل إلى النصوص الجديدة. أما إذا كان التشريع المحال إليه قد ألغى دون أن يحل محله أي تشريع جديد، هنا يصبح القانون المحيل غير ممكن التطبيق، إذ يتوقف أعماله على وجود هذه النظم التي تم إلغاءها ويترتب على ذلك بالضرورة إلغاء النص المحيل. مؤدي ذلك أنه إذا ترتب على إلغاء النصوص المحال إليها استحالة تطبيق القانون المحيل فإنه لا مفر من القول بإلغائه بطريق الانعكاس وهو ما يطلق عليه الإلغاء بالارتداد.

ونظراً لخطورة مثل هذه النتائج وما قد تثيره من آثار غير مقصودة، ينبغي على المشرع التبصر عند صياغة التشريع أو إلغائه وإجراء التنسيق اللازم في هذا المقام.

الفصل الثاني

الدين

نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى أربعة مباحث. نعرض في الأول لدور الدين في النظم القانونية المعاصرة، ثم نبين على التوالي لدور الدين في كل من القانونين اللبناني والمصري، ثم نتناول مكانة الشريعة الإسلامية في القانون المصري.

المبحث الأول

دور الدين في النظم القانونية المعاصرة

أ ـ الدين والقانون في المجتمعات الأولى:

الدين هو مجموعة المعتقدات والأحكام التي أوحى بها الله إلى أنبيائه ورسله منذ خلق أدم عليه السلام حتى خاتم الأنبياء سيدنا محمد صلوات الله عليه وتسليمه. والإنسان بفطرته الطبيعية يميل إلى الاعتقاد في وجود الله خالقه وخالق الكون ومدبره، وتوجد لديه النزعة التلقائية نحو طاعته والامتثال لأوامره. أرسل الله سبحانه وتعالى رسله إلي خلقه لهدايتهم ومخاطبة تلك الفطرة التي فطرهم عليها ألا وهي التوحيد. فأساس كل الديانات هو الوحدانية لله جل شأنه وعلاه والعمل بمقتضى ألوهيته من عبادة واتباع أحكامه التي فرضها لهداية الإنسان في دنياه تجاه خالقه وتجاه نفسه وغيره من الناس والمخلوقات.

تلك الفطرة السمحة كثيراً ما تعرضت لنكسات من الوثنية والشرك والإلحاد على مر التاريخ والأزمان وذلك بسبب حركات التضليل من قبل ذوي الأهواء والنزعات الدنيوية. ولعب هؤلاء دوراً هاماً في محاولة استغلال الدين لفرض سيطرتهم وتحقيق مصالحهم، فظهر ما يسمى برجال الدين أو الكهنة الذين صاغوا ما يشاؤن من قواعد قانونية وفرضوا احترامها على الناس بإسنادها إلى مصدرها الإلهي. هيمن الكهنة على القانون باسم الدين واحتكروا العلم به للهيمنة على السلطة في المجتمعات القديمة. وأدى ذلك إلى إساءة فهم الدين ومحاولة الخروج على تلك الأحكام التي فرضها الكهنة. بدأت السلطة المدنية في الظهور والاستقلال عن رجال الدين. وبدأ القانون في الاستقلال عن قواعد الدين. وحدث ذلك في أكثر المجتمعات القديمة وبخاصة في القانون المصري القديم والقانون الروماني في عصوره القديمة.

ب - أثر الدين في قوانين البلاد الغربية:

هبطت الديانة المسيحية على نبي الله عيسى في الشرق ثم انتشرت وامتدت إلى البلاد الأوروبية. وتركزت المسيحية في العبودية لله الفرد الصمد والسمو بالأخلاق وانتشال الإنسان من ظلام الدنيا بمادياتها إلى خلود الروح وطريق الهداية إلى الآخرة. تركت المسيحية شئون الدنيا ومعاملاتها وتم الفصل بين الدين والقانون، ولم يتضمن الإنجيل قواعد وأحكام لتنظيم المعاملات الدنيوية.

لعب رجال الكنيسة دوراً أساسياً في إعادة رسم معالم الدين المسيحي. حظيت الكنيسة بمكانة كبيرة من النفوذ والسلطان استطاعت بمقتضاها تنظيم نفسها تنظيماً كاملاً يغنيها عن الالتجاء إلى سلطات الدولة. وزادت قوة الكنيسة باعتناق أباطرة الرومان الديانة المسيحية والاعتراف بالسلطة الكنسية التي وضعت ما يسمى بالقانون الكنسي الذي ينظم سائر أنواع العلاقات القانونية بما في ذلك علاقات الأسرة. لم تنبع قواعد هذا القانون من الدين المسيحي بل اشتقها فقهاء الكنيسة من القانون الطبيعي

والقوانين الوضعية السائدة انذاك وخاصة القانون الروماني وتخريجها من المثل والمبادئ المسيحية.

إزدهر القانون الكنسي في أواخر الدولة الرومانية، وساد تطبيقه بعد سقوط الأمبراطورية الرومانية، وظل معمولاً به كمصدر رسمي للقانون في أغلب البلاد الأوروبية. عادت السلطة الزمنية إلى الظهور والاستقلال، وضعف سلطان الكنيسة، وتم فصلها عن الدولة فانحسر بذلك التطبق المباشر للقانون الكنسي وأصبح مصدراً تاريخياً للقوانين الوضعية التي ظهرت على عدة مراحل وفترات متعاقبة.

ولا زالت القواعد التي اجتهد فقهاء الكنيسة في وضعها تلعب دوراً هاماً في صياغة القوانين التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية في كثير من الدول الأوروبية. بل أن هذه القواعد تطبق مباشرة. في مسائل الأسرة، على المواطنين المسيحيين في كل من مصر ولبنان كما سنرى.

جـ - أثر الدين في قوانين البلاد الشرقية:

نتمتعت الكنيسة بنفود قوي في بلاد الامبراطورية الشرقية كذلك، وتمتغت بقدر كبير من الاستقلال والحكم الذاتي داخل الدولة البيزنطية، فكانت لها محاكم تفصل في المسائل الروحية وسائر الأحوال الشخصية كالزواج والفرقة والوصاية طبقاً للقانون الكنسي.

أشرق نور الإسلام على هذه البلاد، واعتنقه طواعية السواد الأعظم من المواطنين. أقر الإسلام حرية العقيدة، وترك غير المسلمين وشريعتهم، وأقر الرؤساء الدينيين فيها، وخاصة فيما يتعلق بسلطة القضاء بين اتباعهم طبقاً للقانون الكنسي في المسائل الروحية والأحوال الشخصية.

انتشر الإسلام في مختلف ربوع العالم شرقه وغربه. والدين الإسلامي، كما نزل على خاتم الأنبياء محمد [، جاء منهجاً متكاملاً للبشرية جمعاء. فهو دين ودولة حيث ينظم أمور الدين والدنيا، وجمع إلى جانب

قواعد الأخلاق والعبادات أسس التشريع والقانون لتنظيم سائر أنواع المعاملات.

نزل الوحي الإلهي بالإسلام في القرآن الكريم والسنّة النبوية المطهرة. وهو يضم، إلى جانب عقيدة التوحيد والعبودية لله، الكثير من الأحكام والقواعد في مجالات الأحوال الشخصية والمسائل المدنية والحدود وغير ذلك من القواعد الجنائية. وتمتاز هذه القواعد بأنها عامة وكلية فتناولها فقهاء الإسلام بالشرح والتفصيل وفرعوا عليها الكثير من الحلول واستنبطوا منها العديد من الأحكام حتى غدت الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً متكاملاً يصلح لتغطية كافة جوانب الحياة.

ساد تطبيق الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي أول للقانون في غالبية البلاد الإسلامية. أدى قفل باب الاجتهاد إلى جمود قواعد الشريعة الإسلامية، حيث وقف الأمر عند الأحكام التي استنبطها الفقه الإسلامي لمواجهة مقتضيات أزمنتهم، وذلك على الرغم من أن الجوهر الحقيقي لتلك الشريعة السمحاء يتسم بالمرونة والرحابة الكافية لاستيعاب كافة مجالات التطور في الواقع بسبب سعة مصادرها وقابليتها لإنتاج الأحكام. تقلص نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية بسبب عجز أبنائها عن الاستفادة منها وضعف الدول الإسلامية.

ازدهرت حركة التقنين في الدول الغربية وامتد أثرها إلى بلاد العالم الإسلامي حيث تم اشتقاق الكثير من أحكامها. لا زالت الشريعة الإسلامية تحتل ساحة ضيقة في النظم القانونية المعاصرة في هذه البلاد، فهي تطبق كمصدر رسمي أصلي عام في القليل من البلدان، وتطبق كذلك كمصدر رسمي أصلي في بعض مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب وذلك في غالبية الدول الإسلامية، وتعد هذه الشريعة مصدراً تاريخياً للأحكام القانونية في بعض تلك الدول. ويشهد العصر الراهن صحوة جديدة للمطالبة بالعودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية كما سنرى.

المبحث الثاني
دور الدين في القانون اللبناني

نعرض في البداية للتطور العام لمركز الدين بين المصادر الرسمية في القانون اللبناني، ثم نبين نطاق ولاية الدين كمصدر رسمي أصلي خاص في هذا القانون.

المطلب الأول
تطور مركز الدين في القانون اللبناني

نعرض للوضع في ظل الدولة العثمانية ثم للوضع في عهد الانتداب الفرنسي.

(أ) الوضع في ظل الدولة العثمانية:

ظلت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الأول للقواعد القانونية في لبنان حتى بداية حركة التقنين العثمانية في منتصف القرن التاسع عشر. فقد كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الأصلي العام للقانون في كل ولايات الدولة العثمانية بما في ذلك لبنان. تمتعت تلك الشريعة بالولاية العامة بالنسبة إلى كافة المسائل والأشخاص بغض النظر عن اختلاف الدين. إلا أنه أعمالاً لمبدأ حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية وما تنطوي عليه من تسامح كان لغير المسلمين حق الاحتكام لشرائعهم الدينية في بعض مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والفرقة والنسب.

ظهرت حركة التقنين الكبرى في الدولة العثمانية وامتد تطبيقها إلى لبنان. استمدت بعض التقنينات العثمانية من التقنينات الغربية عامة والفرنسية خاصة، واستقى البعض الآخر أحكامه من الشريعة الإسلامية

وخاصة المذهب الحنفي. احتل التشريع بذلك مركز الصدارة بين مصادر القانون اللبناني. وتراجع الدين ليقتصر على دوره على بعض المسائل التي لم تنظمها التقنينات وهي الأحوال الشخصية والوقف.

فقد ظلت مسائل الأحوال الشخصية متروكة لحكم الشرائع الدينية المختلفة الموجودة آنذاك. وتمتعت الشريعة الإسلامية بمركز الصدارة في هذه الشرائع حيث كان لها الولاية العامة في هذه المسائل، حيث تطبق في الأمور التي لم تعالجها الشرائع الدينية الأخرى كمسائل المواريث والوصايا. وكانت المحاكم الشرعية، بصفتها الحكومية داخل التنظيم القضائي للدولة، هي التي تتولى تطبيق الشريعة الإسلامية. أما الشرائع الأخرى فقد كانت تطبق بواسطة المحاكم الذهبية التابعة للطوائف المختلفة.

(ب) الوضع في عهد الانتداب الفرنسي:

استمر مركز الدين في هذه المرحلة، كمصدر رسمي أصلي خاص للقانون اللبناني، ولكن سلطات الانتداب الفرنسي حرصت على إقامة توازن بين الطوائف الدينية المختلفة، فأدى ذلك إلى إحداث تطور هام وتغييرات جوهرية فيما يتعلق بمركز الشريعة الإسلامية ومساواتها بباقي الشرائع الدينية الأخرى، وتتمثل تلك التطورات فيما يلي:

1 ـ إلغاء الولاية العامة للشريعة الإسلامية على غير المسلمين، فلم يعد تطبيق الشرائع غير الإسلامية أمراً استثنائياً ومظهراً من مظاهر التسامح الدينين من قبل الشريعة الإسلامية، بل أصبح هذا التطبيق أعمالاً لمبدأ المساواة بين كافة الشرائع الدينية بما فيها الشريعة الإسلامية. وقد تم تحقيق ذلك بعدة خطوات أصبحت كل طائفة لا تخضع إلا إلى شريعتها الخاصة ومحاكمتها المذهبية، لذا تم تثبيت اختصاص هذه المحاكم وإلغاء الولاية العامة للمحاكم الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية[1].

---

(1) أنظر قانون تنظيم القضاء الشرعي الصادر بتاريخ 16 تموز 1962 (م 6، 8). =

2 ـ تقسيم المسلمين إلى طوائف مستقلة تخضع كل منها لقواعدها وقضائها المذهبي، بعد أن ساد تطبيق القواعد المستخلصة من المذهب الحنفي على كافة المسلمين، وترتب على ذلك تعدد المحاكم والقواعد المطبقة على المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية. وهكذا صارت هناك محاكم شرعية سنية تطبق الشريعة الإسلامية على أرجح أقوال المذهب الحنفي، ومحاكم شرعية جعفرية تطبق المذهب الجعفري، ومحاكم درزية تطبق قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية بصفة أصلية[1] وتطبق المذهب الحنفي بصفة احتياطية.

3 ـ العمل على توسيع نطاق الشرائع الدنيية غير الإسلامية من خلال توسيع اختصاص المحاكم المذهبية غير الإسلامية، والحد من اختصاص المحاكم الشرعية عن طريق إصدار تشريعات مدنية لتنظيم مسائل الوصية والميراث بالنسبة لغير المسلمين وجعلها من اختصاص المحاكم المدنية العادية.

المطلب الثاني

الدين كمصدر رسمي أصلي خاص في لبنان

رأينا أن الدين في لبنان أصبح مجرد مصدر رسمي خاص في نطاق مسائل الأحوال الشخصية منذ أواسط القرن التاسع عشر، بل إن هذا المجال

= وقد تم استخلاص مسائل الوصية والميراث ن نطاق الخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية وإخضاعها لتشريعات مدنية (7 آذار سنة 1929، قانون 23 حزيران سنة 1959). سوى الشرع بين الإسلام وغيره من الأديان في إمكان التغيير بينها جميعاً (قانون 7 كانون الأول سنة 1951).

(1) الصادر في 24 شباط سنة 1948. وقد ترتب ذلك على صدور القرار 60 ل. د الصادر في 13 آذار سنة 1936 بإقرار نظام الطوائف الدينية وتقسيم المسلمين إلى خمس طوائف هي: الطائفة السنيّة، والطائفة الشيعية الجعفرية، والطائفة العلوية والطائفة الإسماعيلية، والطائفة الدرزية.

قد انكمش بالتدريج نتيجة ازدهار حركة التشريع. ويظل الدين مصدراً مباشراً للقانون، لدى الطوائف الدينية، في مسائل الأحوال الشخصية التي لم يضع لها المشرع تنظيم تشريعي موحد. ويعتبر الدين مصدراً تاريخياً بالنسبة للتشريعات الموحدة المشتقة منه ويمكن الاستعانة به في تفسيرها.

ومدلول الدين في القانون اللبناني يختلف باختلاف الطوائف. فبالنسبة للمسلمين لم تعد أحكام الشريعة الإسلامية موحدة بينهم. بل يطبق القول الراجح في المذهب الحنفي على أهل السنّة، وعلى الدروز عند عدم وجود نص في قانون الأحوال الشخصية الذي قنن التقاليد الدرزية. ويطبق المذهب الجعفري على أهل الشيعة. أما عن غير المسلمين فالمقصود بالدين هو الشريعة الدينية الخاصة بكل طائفة. وقد حرصت الطوائف الدينية المختلفة على تدوين أحكام شريعتها وتحديد مراجعها حتى يتيسر الرجوع إليها[1].

ويمكن حصر ولاية الدين كمصدر رسمي أصلي خاص في لبنان في نوعين من المسائل: الوقف، والأحوال الشخصية:

أولاً: الوقف:

يتعلق الوقف، في جوهرة، بالأموال دون الأشخاص. لذا فهو من مسائل الأحوال العينية دون الشخصية. ونظراً لأن نظام الوقف قد نشأ وتأصل لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فإنه ظل محكوماً بقواعدها. واستمرت الولاية في شأنه كذلك للمحاكم الشرعية بالنسبة إلى كل اللبنانيين مسلمين وغير مسلمين. وظل الحال كذلك طوال فترة الحكم العثماني.

حاول الانتداب الفرنسي تقليص دور الشريعة الإسلامية كما رأينا، فأخرج مسائل الوقف الخاص بغير المسلمين من صلاحيات المحاكم

---

(1) تمت حركات التدوين استجابة للمشرع الذي ألزم الطوائف بذلك بالقرار رقم 60 ل ر. في 13 آذار 1936، وقانون 2 نيسان سنة1951.

الشرعية وأدخلها في اختصاص المحاكم المدنية أو المحاكم المذهبية في بعض الحالات وقرر الاختصاص للمحاكم الخاصة بكل من طائفة الشيعة وطائفة الدروز بمسائل الوقف الخاصة بكل منها. وبالرغم من تعدد المحاكم التي تقضي في مسائل الوقف باختلاف الطوائف، إلا أن الأحكام الموضوعية المطبقة واحدة بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين. وهي أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمذهب الحنفي.

تدخل المشرع وأصدر قانوناً لتنظيم الوقف في لبنان[1]، وتسري أحكام هذا القانون على جميع الأوقاف الإسلامية والمسيحية والإسرائيلية، الواقعة في الأراضي اللبنانية. وأصبحت المحاكم المدنية هي المختصة بقسمة الوقف وتصفيته حتى بالنسبة للمسلمين. وترتب على ذلك أن التشريع أصبح المصدر الرسمي الأول في مسائل الوقف. وأصبحت الشريعة الإسلامية طبقاً للمذهب الحنفي هي المصدر الرسمي الإحتياطي في مسائل الوقف التي لم ينظمها التشريع.

ثانياً: الأحوال الشخصية:

لا يوجد في القانون اللبناني نص شامل يحدد المقصود بالأحوال الشخصية. ولكن المشرع عمد إلى تحديد ما يدخل في اختصاص المحاكم الشرعية والمحاكم الروحية من مسائل[2]. ولا يصلح اختصاص المحاكم الشرعية معيار للتعرف على المقصود بالأحوال الشخصية. فالأصل أن مسائل الأحوال الشخصية تتبع الشرائع الدينية التي تقضي بها المحاكم الروحية، إلا أن هناك بعض المسائل المتعلقة بالمال وتعد من صميم الأحوال العينية وتختص بها تلك المحاكم وهي مسائل الوقف. ومن جهة أخرى فإن المشرع أخرج من اختصاص المحاكم الدينية بعض مسائل الأحوال

(1) الصادر في 10 آذار سنة 1947.

(2) قانون تنظيم القضاء الشرعي لعام 1962 وقانون 2 نيسان سنة 1951.

الشخصية لصالح المحاكم المدنية العادية. وأبرز هذه المسائل ما يخص غير المسلمين فيما يتعلق بالميراث والوصية والوصايا في حدود معينة.

ويمكن حصر مسائل الأحوال الشخصية على ضوء ما استقر عليه العمل، في المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية، والميراث والوصية، ونظام الأسرة. ويجري العمل منذ زمن طويل على خضوع هذه المسائل، كقاعدة عامة، للشرائع الدينية المختلفة، أي أن الدين هو المصدر الرسمي الأصلي الخاص بالنسبة لهذه المسائل. ويقوم المشرع اللبناني، من آن لآخر، بتنظيم بعض هذه المسائل وخاصة بالنسبة لبعض الطوائف الدينية. يؤدي ذلك إلى تضييق نطاق ولاية الدين بقدر التدخل التشريعي. ويعتبر التشريع في هذه الحالة، المصدر الرسمي الأصلي للقواعد التي يتضمنها بصدد هذه المسائل.

1 ـ المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية والوصاية: تخضع هذه المسائل، من حيث المبدأ للدين أي للشرائع الدينية المختلفة، إذ يعد الدين المصدر الرسمي الأصلي الخاص لقواعد التي تحكم مسائل الأهلية والولاية. تدخل المشرع لتنظيم بعض هذه المسائل بطريقة غير متناسقة. فأصبح التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي للجانب الذي تم تنظيمه، ويختلف الأمر بحسب الموضوع من جهة والاختلاف الطائفي من جهة أخرى. مثال ذلك القواعد التي تحكم سن الرشد وتصرفات عديمي الأهلية وناقصيها والحجر الواردة في قانون الموجبات والعقود[1] وتسري على كل اللبنانيين دون تمييز. وهناك بعض النصوص المشتركة بين بعض الطوائف دون البعض كتلك المنظمة لإدارة أموال فاقدي الأهلية حيث تسري على طائفتي السنّة والشيعة من المسلمين[2]. وهناك بعض النصوص القاصرة على طائفة واحدة كتلك

---

(1) م 215: 218 من ذلك القانون.

(2) م 388: 442 من قانون تنظيم القضاء الشرعي لسنة 1962. وهناك بعض النصوص المشتركة بين الطوائف غير الإسلامية (مسيحية أو إسرائيلية) كتلك الخاصة بإدارة أموال القاصر (م 6 من قانون 2 نيسان سنة 1951).

الواردة في قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية في شأن الولاية والوصاية والحجر والفقد[1]. وفيما عدا تلك المسائل التي تم تنظيمها تشريعياً يبقى الدين هو المصدر الرسمي الأصلي الخاص في النطاق الباقي من مسائل الأهلية والولاية.

2 ـ المسائل المتعلقة بالميراث والوصية: كانت الشريعة الإسلامية وفق المذهب الحنفي صاحبة الولاية العامة بالنسبة لجميع اللبنانيين مسلمين وغير مسلمين، وذلك في مسائل الميراث والوصية. تغير الوضع الآن حيث تعددت القواعد المطبقة بتعدد الطوائف القائمة، ويختلف الأمر بالنسبة للطوائف الإسلامية عن الطوائف غير الإسلامية.

فبالنسبة للطوائف غير الإسلامية فتخضع لقواعد موحدة صدر بها قانون الإرث لغير المحمدين[2]. وهو قانون علماني لم يستمد مباشرة من الشرائع الدينية. وتختص المحاكم المدنية العادية بالنظر في مسائل الميراث والوصية بالنسبة لغير المسلمين. وأصبح التشريع بذلك هو المصدر الرسمي الأصلي في هذه الشئون.

أما بالنسبة للطوائف الإسلامية، فقد تدخل المشرع وقنن بعض الأحكام الخاصة ببعض الطوائف، بحيث أصبح التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي للأحكام المتضمنة في هذه النصوص. ومنها النصوص الخاصة بالطائفة الدرزية[3]، وتلك المتعلقة بطائفتي السنّة والشيعة[4]. غير أنه فيما عدا ما تعرضت له هذه النصوص من أمور تظل الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الأصلي الخاص في مسائل الميراث والوصية الخاصة

---

(1) م 81: من القانون الصادر عام 1948.

(2) الصادر عام 1959.

(3) م 145: 169 (الفصل الثامن عشرة الوصية والإرث) من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية لسنة 1948.

(4) م 357: 387 من قانون تنظيم القضاء الشرعي لسنة 1962.

بالمسلمين. وتسري أحكام المذهب الحنفي بالنسبة لطائفتي السنّة والدروز. ويرجع إلى أحكام المذهب الجعفري بالنسبة لطائفة الشيعة. ويلاحظ أن التشريعات الصادرة في هذا المقام لا تختلف كثيراً عن قواعد الشريعة الإسلامية، ولعل الفارق يكمن في بعض الشروح والتأويلات التي قد تختلف حولها الحلول لدى بعض الطوائف.

3 ـ المسائل المتعلقة بنظام الأسرة: وهي الخطبة والزواج والمهر والجهاز والنفقة والبنوة والطلاق والسلطة الأبوية.. ويمكن القول بصفة عامة بأن الدين هو المصدر الرسمي الأصلي الخاص بالنسبة لهذه المسائل. أي لا زال للقواعد الدينية الطائفية دور أساسي بشأنها، فتحكم كل شريعة دينية أبناء الطائفة المنتمين إليها. وتدخل هذه المسائل، كقاعدة عامة، في اختصاص القضاء الطائفي.

امتدت حركة التشريع إلى هذا المجال، فضيقت بالتالي من ولاية الدين بصدده حيث أصبح التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي بالنسبة للمسائل التي تم تنظيمها، وانحصرت ولاية الشرائع الدينية في مسائل الأسرة المتبقية دون تنظيم تشريعي. ولكن الولاية الباقية للدين تتفاوت من طائفة لأخرى بسبب تفاوت التدخل التشريعي تبعاً لاختلاف الطوائف. فكلما ازداد هذا التدخل انكمشت الولاية الدينية والعكس صحيح. وجدير بالملاحظة أن نطاق تدل المشرع، في مسائل الأسرة، بالنسبة لغير المسلمين ضئيل إلى حد كبير مما يجعل للشرائع الدينية غير الإسلامية ولاية شبه كاملة في هذا المجال. أما بالنسبة للطوائف الإسلامية فقد تفاوت التدخل التشريعي من طائف لأخرى.

وبالنسبة لغير المسلمين فإن حركة التشريع في مسائل الأسرة محدودة جداً، فلا نكاد نجد سوى نصوص إثبات بنوة الولد غير الشرعي الواردة في قانون الإرث لغير المحمدين. أخذ المشرع هذه النصوص عن القوانين الغربية ليحقق الوحدة القانونية في هذه المسألة بين كافة الطوائف الإسرائيلية والمسيحية. وتتعلق أغلب النصوص التشريعية الصادرة في هذا

المجال بالمسلمين[1]. ويتفاوت حظ الطوائف المختلفة بشأنها[2].

تختص المحاكم الدينية كقاعدة عامة، بنظر المسائل المتعلقة بالأسرة ولكن يلاحظ أنه بينما يبقى اختصاص المحاكم الشرعية والدرزية مطلقاً في مسائل الأسرة فإن المشرع اللبناني يقيد من إختصاص المحاكم المذهبية غير الإسلامية في شأن بعض هذه المسائل[3]. ومن جهة أخرى فقد ترتب على الاختلاف في الاحكام الموضوعية بين الشرائع الدينية وجود بعض الاختلاف في الاختصاص بشأن بعض مسائل الأسرة بين المحاكم المذهبية غير الإسلامية من جهة والمحاكم الشرعية والدرزية من جهة أخرى[4].

---

(1) وهي نصوص قانون العائلة العثماني الذي يطبق على أهل السنّة والشيعة بمقتضى تنظيم المحاكم الشرعية لسنة 1942 وقانون تنظيم القضاء الشرعي لسنة 1962 (م 242)، نصوص قانون تنظيم القضاء الشرعي المذكور بشأن دعاوي التفريق وكيفية إجراء عقد الزواج (م 337: 356)، نصوص قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية لسنة 1948 فيما يتعلق بنظام الأسرة (م 1: 8، 137 – 144).

(2) فنجد تدخل المشرع في شأن طائفتي السنّة والدروز أكثر اتساعاً منه في شأن طائفة الشيعة ولكن مع مرعاة أنه كان أكبر في شأن طائفة الدروز منه في شأن طائفة السنّة.

(3) فبينما يثبت للمحاكم الشرعية مثلاً الاختصاص بنظر كافة مسائل النفقات يقتصر اختصاص المحاكم المذهبية غير الإسلامية على النفقة بين الأزواج وفيما بين الوالدين دون النفقة فيما بين الحواشي (م 5 من قانون 2 نيسان 1951). وبينما تختص المحاكم الشرعية بنظر مسائل المهر والجهاز في جميع الحالات، يتقيد اختصاص المحاكم المذهبية غير الإسلامية بنظر هذه المسائل أثناء قيام العلاقات الزوجية أو تبعاً لدعاوي صحة الزواج وبطلانه أو فسخه أو انحلاله، بحيث تختص المحاكم المدنية بنظر هذه المسائل إذا رفعت بها دعوى مستقلة عقب صدور حكم نهائي بانقضاء الرابطة الزوجية (م 3). ويقتصر اختصاص المحاكم المذهبية غير الإسلامية بنظر النفقة على أحد الزوجين بمناسبة دعوى الافتراق والطلاق والبطلان. ويقتصر اختصاصها كذلك بشأن التعويض عن بطلان الزواج أو فسخه بمناسبة الحكم بالبطلان والفسخ (م 5). ولا توجد مثل هذه القيود بالنسبة للمحاكم الشرعية.

(4) تختص المحاكم المذهبية غير الإسلامية بنظر مسائل التبني (م 4 من القانون السابق)، بينما لا تنظر المحاكم الشرعية تلك المسائل لعدم اعتراف الشريعة الإسلامية بفكرة التبني.

الخلاصة:

يتضح مما سبق صعوبة وضع ضابط ثابت سواء بالنسبة للقانون الواجب التطبيق أو المحاكم المختصة بنظر مسائل الأحوال الشخصية في النظام القانوني اللبناني. ويمكن القول إجمالاً بأن الدين، كقاعدة عامة، هو المصدر الرسمي الأصلي الخاص بالنسبة لتلك المسائل. أي أن الدين هو صاحب الولاية العامة فيها، فتحكم كل شريعة دينية أبناء الطائفة المنتمين إليها. ولكن حركة التشريع امتدت إلى هذا المجال لتتناول بالتنظيم بعض مسائل الأحوال الشخصية، بحيث صار التشريع المصدر الرسمي الأول لهذه المسائل.

وتختص المحاكم المذهبية، في الأصل، بتطبيق القواعد الدينية في مسائل الأحوال الشخصية. وتتعدد المحاكم الدينية بتعدد الطوائف المعترف بها في الدولة. ويزداد الأمر تعقيداً أمام اختصاص المحاكم الدينية ببعض مسائل الأحوال العينية كالوقف أو اختصاص المحاكم المدنية ببعض مسائل الأحوال الشخصية.

لذلك نوجد أمام سلسلة متلاحقة من التنازع سواء في مجال القانون الواجب التطبيق، أو بالنسبة للاختصاص القضائي. ويؤدي ذلك إلى تعقيد مهمة القضاء واضطراب المراكز القانونية والمساس الواضح بالسيادة والوحدة الوطنية، مع أنه من الممكن وضع قواعد موحدة بالنسبة لجميع الطوائف بشأن الكثير من المسائل ذات الطابع المالي والاجتماعي التي لا تمس بطريق مباشر العقيدة الدينية، ويمكن أن ينحصر التعدد في بعض مسائل الأسرة كالزواج وآثاره والفرقة، على أن توحد هذه المسائل بالنسبة للمسلمين من جهة، وبالنسبة لغير المسلمين من جهة أخرى. ولم يعد من المقبول في العصر الحديث قبول التعدد في جهات القضاء لأن ذلك ينطوي على مساس صارخ بالوحدة الوطنية ويتعارض بوضوح مع تحقيق العدالة واستقرار الأمن القانوني.

المبحث الثالث
دور الدين في القانون المصري

نعرض الدور الديني بصفة عامة، ثم نبين دوره في مجال الأحوال الشخصية.

المطلب الأول
دور الدين في القانون المصري

أ ـ الدين كمصدر للقانون:

اتسم النظام القانوني المصري ـ منذ الفتح الإسلامي حتى صدور التقنينات الأهلية والمختلطة في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ـ بالطابع الديني البحت، فقد سادت الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي أصلي عام، أي صاحبة الولاية العامة بالنسبة إلى كل المسائل وإلى كل الأشخاص بغض النظر عن دياناتهم.

وكان معترفاً للشرائع الدينية الأخرى ـ بمقتضى الامتيازات الطائفية التي منحت لغير المسلمين ـ بولاية محدودة في بعض مسائل الأحوال الشخصية، أي أن غير المسلمين كانت تطبق عليهم شرائعهم في بعض تلك المسائل.

إلا أنه بصدور التقنينات المصرية الأولى ومن بعدها التقنين المدني الحالي احتل التشريع المكانة الأولى من بين المصادر الرسمية للقاعدة القانونية. ولكن الشريعة الإسلامية لا زالت مصدر مادي أو موضوعي للتشريع من جهة ومصدر رسمي احتياطي من جهة أخرى. ولا زال الدين عموماً المصدر الرسمي الأصلي الخاص في بعض مسائل الأحوال الشخصية.

ب ـ الدين كمصدر رسمي أصلي خاص:

يلجأ القاضي إلى الدين كمصدر رسمي أصلي، وليس على سبيل الاحتياط، في بعض مسائل الأحوال الشخصية، أي أنه في تلك المسائل إذا عرض نزاع على القاضي فإنه يطبق مباشرة أحكام الشريعة الإسلامية أو شريعة غير المسلمين إذا توافرت الشروط التي يستلزمها المشرع والتي سنتناولها في الفصل الثالث من هذا الباب.

والرجوع إلى الدين هنا بصورة مباشرة لا يكون إلا في نطاق محدو الا وهو بعض مسائل الأحوال الشخصية التي لم توحد بعد بقوانين عامة تسري على كافة المصريين بغض النظر عن ديانتهم. وتنحصر تقريباً في مسائل الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق.

أما في مسائل الأحوال الشخصية التي تم توحيدها بقوانين فإن المصدر الرسمي فيها هو التشريع. والشريعة الإسلامية وإن كانت المصدر المادي الذي اشتقت منه تلك القوانين، فهي تظل المصدر الموضوعي أو التاريخي الذي يرجع إليه لفهم وتفسير القوانين المذكورة.

فكقاعدة عامة تطبق شريعة غير المسلمين على المتخاصمين إذا اتحدا في الديانة والطائفة والملة، وكان النزاع متصلاً بالزواج وما يرتبط به، وتطبق الشريعة الإسلامية على المسلمين، وعلى غير المسلمين إذا تخلفت شروط تطبيق شريعتهم.

جـ ـ التطور القضائي والتشريعي:

شهدت مصر في الماضي درجة كبيرة من الفوضى على كل من الصعيدين القضائي والتشريعي:

ففي البداية تعددت جهات القضاء بدرجة كبيرة، إذ كان يتولى القضاء كل من: المحاكم الشرعية والمحاكم الملية، والمحاكم القنصلية، ومجالس الأحكام.

ثم أنشئت بعد ذلك المحاكم المختلطة عام 1875 والمحاكم الأهلية عام 1883. وإن كانت تلك المحاكم بنوعيها قد اختصت بالأحوال العينية، إلا أن المحاكم الأهلية لم تكن تختص إلا بنظر الدعاوى التي تثور بين الأهالي، أما المحاكم المختلطة فقد اختصت بالمنازعات التي تقوم بين الأهالي والأجانب أو بين الاجانب أنفسهم.

أما في مسائل الأحوال الشخصية فقد وجدت المحاكم الشرعية للمسلمين، والمجالس الملية لغير المسلمين، والمحاكم القنصلية للأجانب.

وظل الوضع كذلك حتى عام 1949 حيث ألغيت الامتيازات الأجنبية والمحاكم المختتلطة والمحاكم القنصلية. ثم صدر القانون 462 لسنة 1955 حيث قرر بدوره إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية، وبالتالي أصبحت الجهة الوحيدة الباقية هي المحاكم الأهلية أو الوطنية والتي تختص بكافة المنازعات بين المصريين والمقيمين على أرض الوطن يستوي في ذلك المسائل العينية أو الشخصية.

وبالرغم من الوحدة القضائية فإن القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية لا زال مختلفاً. فالمحاكم تطبق أحياناً الشريعة الإسلامية وأحياناً شريعة المتقاضين غير المسلمين.

وهذا يدفعنا إلى محاولة التعرف على مفهوم الأحوال الشخصية، ووجه التعدد أو الاختلاف الذي لا زال قائماً في هذا المجال.

المطلب الثاني

الدين في مجال الأحوال الشخصية

أ ـ المقصود بالأحوال الشخصية:

يجري العمل في النظم القانونية الحديثة على عدم الفصل بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية. فالقانون المدني يضم بين أحكامه المسائل

المتعلقة بالأشخاص وتلك المرتبطة بالأموال، أي ينظم المركز القانوني للأشخاص وللأموال.

ولكن المشرع المصري جرى على التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية. وتستمد تلك التفرقة جذورها ومبرراتها من نظام الامتيازات الأجنبية، وتعدد جهات القضاء، وتعدد الشرائع الواجبة التطبيق على المصريين أنفسهم في جانب كبير من معاملاتهم.

ولقد كان تحديد المقصود من اصطلاح الأحوال الشخصية أمراً على درجة كبيرة من الأهمية نظراً لما يترتب على ذلك من نتائج تتعلق بالاختصاص القضائي والتشريعي، فقد تعددت جهات القضاء من جهة والشرائع المطبقة من جهة أخرى.

أما اليوم وقد تم توحيد السلطة القضائية وصدرت تشريعات موحدة في كثير من مسائل الأحوال الشخصية لتسرى على المصريين بغض النظر عن ديانتهم، فإن الأهمية العملية لوضع تعريف للمصطلح فقدت الكثير من أهميتها.

فلم يعد انتماء المسألة محل النزاع إلى الأحوال الشخصية هو الفيصل في تطبيق شريعة غير المسلمين إذا توافرت شروط ذلك التطبيق، بل أن المشرع قد حدد وحصر المسائل التي يمكن فيها الاحتكام إلى شريعة المتقاضين، وهي تلك التي لم يصدر فيها تشريعات موحدة بعد، وتنحصر - كما سنرى - في مسائل الزواج وما يرتبط بها.

ب - تعريف المشرع للأحوال الشخصية:

بعد أن تعددت المحاولات الفقهية والقضائية لوضع تعريف للأحوال الشخصية. تدخل المشرع في المادة 13 من قانون نظام القضاء ليحدد ذلك المصطلح على النحو الآتي:

«تشمل مسائل الأحوال الشخصية، المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص

وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين ووجباتهم المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق. والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والاصهار، وتصحيح النسب والتبني، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت».

يتضح لنا من هذا النص أن اصطلاح الأحوال الشخصية يضم فئات المسائل الآتية:

1 ـ المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

2 ـ نظام الأسرة، كالخطبة، والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة، والمهر والبائنة ونظام الأموال بين الزوجين. والطلاق والتطليق والتفريق، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، وتصحيح النسب والتبني، والعلاقة بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة للأقارب والإصهار.

3 ـ الولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً.

4 ـ المواريث والوصايا.

جـ ـ المسائل الموحدة في نطاق الأحوال الشخصية:

لعل إيمان المشرع بالمساوئ العديدة التي تترتب على نظام التعدد القضائي والتشريعي وما يشكله ذلك من مساس بسيادة الدولة ووحدتها الوطنية المرتبطة بوحدة النظام القانوني وتكامله، هو الذي دفعه إلى السير في طريق التوحيد ونأمل أن يصل به إلى منتهاه المنشود.

ولعل ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون 264 لسنة 1955 الذي وحد الجهات القضائية، ما يعبر عن ذلك:

«تنص قواعد القانون العام على أن تكون سيادة الدولة تامة ومطلقة داخل بلادها، كما تنص على أن يخضع جميع السكان على اختلاف جنسياتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ولجهة قضائية واحدة.. وقد ورثت مصر نظام تعدد جهات القضاء في مسائل الأحوال الشخصية من الماضي، فأصبح لكل طائفة قضاؤها وقوانينها الموضوعية الخاصة، وإجراءاتها الخاصة مما أدى إلى الفوضى والإضرار بالمتقاضين.. والتنازع في الاختصاص.. فللطوائف غير الإسلامية أربعة عشر مجلساً.. والقواعد الموضوعية التي تطبقها أكثر المجالس فيما يطرح عليها غير مدونة، وليس من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين، وهي مبعثرة في مكانها بين مثوى الكتب السماوية وشرح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت، مبعثرة في كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين».

ولذلك تدخل المشرع بنصوص تشريعية في كثيرة من مسائل الأحوال الشخصية لتصبح موحدة بالنسبة لكافة المصريين أياً كانت ديانتهم، أي أن القاضي في تلك المسائل يرجع إلى تلك النصوص مباشرة، وهذه المسائل هي:

1 ـ الحالة والأهلية، نظمت تلك المسائل بواسطة القانون المدني في المواد من 29 إلى 51 (بدء الشخصية ونهايتها ـ الاسم واللقب ـ القرابة ـ الأهلية).

2 ـ نظم حماية عديمي الأهلية وناقضيها (الولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً) وتخضع لأحكام القانون 119 لسنة 1952. والقوانين 25 لسنة 1920، 25 لسنة 1929، 1992، والمادة 32 مدني (أحكام المفقود).

3 ـ الهبة، نظمها القانون المدني في المواد من 486 إلى 504.

4 ـ الميراث والوصية.

جر العمل على أن تختص المحاكم الشرعية بنظر مسائل المواريث بالنسبة لغير المسلمين، وكانت تطبق بشأنها قواعد الشريعة الإسلامية. ولم تكن تختص المجالس الملية بنظر تلك المسائل إلا إذا اتفق جميع المعنيين على الالتجاء إلى قضائهم الطائفي.

ثم صدر القانون 77 لسنة 1943 منظماً لمسائل المواريث ويطبق على كل المصريين مسلمين وغير مسلمين. وهذا ما تعبر عنه المذكرة الإيضاحية لمشروعه التمهيدي بقولها: «وستطبق هذه الأحكام على جميع المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين بشأن كل المسائل أو المنازعات الخاصة بالميراث أو الوصية».

إلا أن المادة الأولى من القانون 25 لسنة 1944 وضعت استثناءاً في هذا الشأن مقتضاه «أن قوانين المواريث والوصية، وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هي قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى».

فالنصوص السابقة تقنن ما جرى عليه العمل أي أنها تقر الوضع السابق.

ولكن التساؤل ثار حول مدى الاتفاق بين الورثة غير المسلمين على تطبيق شريعتهم بعد أن صدر القانون المدني ونص في المادة 87 على أن «تعيين الورثة وتحديد انصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنها» ونصت المادة 915 على أنه «تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنها».

وتؤكد المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بأن قانون الملة لا ينطبق حتى ولو أتفق الورثة على أن ينطبق.

ولعل هذا ما يفهم كذلك من حكم حديث لمحكمة النقض.

رغم ذلك، فإن جانب من الفقه يرى أن الاستثناء الخاص بإمكان اتفاق غير المسلمين على تحكيم شريعتهم لا زال قائماً وأنه لم يلغ بنصوص القانون المدني، لأن هذه النصوص عامة والعام لا ينسخ الخاص ولو كان لاحقاً.

من المؤكد أن مسائل المواريث والوصية تعد من النظام العام وأنه يصعب القول بالاتفاق على ما يخالفها. إلا أن المشرع قد قبل مبدأ الاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لتطبق الشريعة الطائفية بين ذوي الشأن.

ويعن لنا أن نتساءل حول الأهمية العملية للخلاف القائم بصدد بقاء مكنة الاتفاق السابق من عدمه، لأنه بطبيعة الحال أن كان هناك اتفاق بين جميع الأطراف على الاحكام إلى شريعة معينة وتم توزيع الميراث طبقاً لذلك، فإن المسألة لن تأخذ صورة النزاع ولن يعرض الأمر أمام القضاء، أما أن رفض أحد الورثة ذلك، فإن الشرط اللازم وهو «اتفاق الجميع» ستخلف وستطبق الشريعة الإسلامية.

وهذا هو الفرض الراجح لأنه لا يعقل أن يكون نصيب أحد الورثة قدراً معيناً حسب الشريعة الإسلامية، ثم يرضى هذا الشخص بتطبيق شريعة أخرى تعطيه نصيباً أقل.

د ـ نطاق التعدد في مسائل الأحوال الشخصية:

يتضح مما سبق أن المسائل التي لم توحد بعد ولا زالت تطبق بشأنها الشرائع غير الإسلامية إذا توافرت شروط تطبيقها أصبحت تنحصر في الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق وتفريق.

فتلك هي المسائل التي تتعدد بشأنها الشرائع المطبقة حسب ديانة المتخاصمين. ولا يخفى ما في هذا التعدد من مساس برقي النظام القانوني

وسيادة الأمة. لذلك نطالب مع الفقه بحركة توحيد في هذا الشأن. إن لم يكن هناك تشريع موحد يطبق على كل المصريين أياً كانت ديانتهم. فلتوحد على الأقل تلك المسائل بالنسبة لغير المسلمين حتى لا تتعدد الشرائع بهذه الفوضى حسب الطوائف (14 طائفة).

وجرت بالفعل عدة محاولات في هذا المجال ولكنها لم تر النور. ولعل ذلك رجع إلى حساسية تلك المسائل واتصالها بالعقيدة الدينية. هذا بالإضافة إلى الخلافات القائمة بين الطوائف ولم يصل المجتمع المصري بعد إلى المرحلة التي تمكنه من تجاوزها.

هـ ـ شروط تطبيق الشرائع غير الإسلامية:

من المتفق عليه أن حرية العقيدة أمر مكفول للجميع إلا أنه من جهة النظر القانونية فإن المشرع لا يرتب آثاراً قانونية على الديانة إلا إذا كانت الإسلام أو المسيحية أو اليهودية. والسبب في ذلك هو أن القانون يشترط لتطبيق شريعة غير المسلمين أن يكون لهم قضاء ملي منظم وقت صدور قانون إلغاء المجالس الملية. ولم يكن هناك قضاء ملي إلا بين المسيحيين واليهود.

بدأت المسيحية نحلة واحدة، إلا أنها انقسمت بعد ذلك في القرن الخامس الميلادي إلى مذهبين: الأرثوذكس والكاثوليك. وفي القرن السادس ظهر مذهب جديد هو المذهب الإنجيلي أو البروتستانت. وينقسم المذهب الأرثوذكسي إلى عدة طوائف وهي: الأقباط والروم الأرمن والسريان. ويضم المذهب الكاثوليكي سبع طوائف: أربعة من أصل أرثوذكسي ارتدوا عن مذهبهم ودخلوا في الكاثوليكية وهم: القبط والروم والسريان والأرمن، هذا بالإضافة إلى الموارنة والكدلان واللاتين. ورغم تعدد طوائف المذهب البروتستانتي إلا أن المشرع المصري قد اعتبرهم جميعاً طائفة واحدة وينقسم اليهود إلى مذهبين الربانيون والقراءون.

يعتد المشرع بكل هذه الطوائف[1] ويسمح بتطبيق شرائعهم، ولكن يشترط لتطبيق الشرائع الطائفية المذكورة في مسائل الأسرة اتحاد أطراف النزاع في الملة والطائفة وألا يخالف حكم الطائفة المراد تطبيقه النظام العام المصري. فإذا تخلف أحد هذين الشرطين فإن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق على النزاع. فالنزاع بين زوجين من الأقباط الأرثوذكسي يخضع لشريعتهم. أما إذا كان أطراف النزاع كلاهما أو أحدهما لا ينتمي إلى المسيحية أو اليهودية وجب تطبيق الشريعة الإسلامية، وهي تطبق أيضاً في حالة اختلاف الملة أو الطائفة. كما لو تزوج قبطي أرثوذكسي من سريانية أرثوذكسية.

والمقصود بالشريعة الإسلامية التي تطبق على غير المسلمين في الحالات السابقة هي القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات بين المسلمين وتتمثل في أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة [2]، بكل ما يترتب على ذلك من آثار بما في ذلك إمكانية وقوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج القبطي على زوجته الأرمنية. ولكن الشرع أورد قيداً هاماً مؤداه عدم وقوع الطلاق بين من لا يدينان بوقوعه، ويقصد بذلك الكاثوليك، فدعوى الطلاق لا تسمع إذا كان أحد أطراف العلاقة الزوجية كاثوليكياً أياً كانت طائفته.

وضعت محكمة النقض قيداً آخر على تطبيق الشريعة الإسلامية في النزاع الخاص بغير المسلمين مقتضاه عدم المساس بالأصول الأساسية في الديانة المسيحية. فبالرغم من أن المحكمة أقرت حق الزوج المسيحي - في حالة اختلاف الطائفة أو الملة - في أن يطلق زوجته بالإرادة المنفردة، إلا أنها رفضت منحه الحق في أن يعدد زوجاته لأن ذلك يتصادم مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسحية، فالإجماع، أخذاً بروح الإنجيل

---

(1) ما عدا طائفة اللاتين، حيث لم يكن لهم مجلس ملي منظم.

(2) وذلك طبقاً لنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، نقض 1981/4/21 س 32 ج 1 ص 1205.

وفكرة الجسد الواحد وعفة عقد الزواج المسيحي، على أن الوحدة في الزواج تعتبر من المبادئ التي تمسكت بها المسيحية من مستهل بزوغها، وأنه يعتبر بالتالي من القواعد الأصيلة في المسيحية على اختلاف مللها ونحلها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بعموم العقيدة الدينية والواجبة الاحترام والإنصياع فيما بين المسيحيين[1].

---

(1) نقض 1979/1/17 س 30 ص 276.

المبحث الرابع
دور الشريعة الإسلامية في القانون المصري

بالإضافة إلى دور الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي أصلي خاص في بعض مسائل الأحوال الشخصية، فإنها لا تزال المصدر المادي والموضوعي للتشريع من جهة والمصدر الرسمي الاحتياطي للقانون من جهة أخرى.

المطلب الأول
الشريعة الإسلامية كمصدر موضوعي للقانون

كانت الشريعة الإسلامية من المصادر المادية الهامة التي اشتق منها المشرع المصري الكثير من القواعد القانونية، فقد كانت الينبوع الذي استقى منه كثير من الأحكام في مسائل الأحوال العينية في القانون المدني ومن هذه المسائل الأحكام الخاصة بمجلس العقد وإيجار الوقف والحكر وإيجار الأرض الزراعية والإبراء من الدين. هذا بالإضافة إلى المبادئ الخاصة بنظرية التعسف في استعمال الحق أو حوالة الدين، والحوادث الطارئة، ومضار الجوار غير المألوفة.

وتعدل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي الذي أخذ عنه المشرع القوانين الموحدة والتي تسري على كل المصريين بكافة دياناتهم في بعض مسائل الأحوال الشخصية كحالة الأشخاص وأهليتهم والميراث والوصية والوقف والولاية.

وازدادت أهمية الشريعة الإسلامية بعد التعديل الدستوري الحديث الذي نص على اعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع. فالدستور هنا يلزم المشرع بأن يلجأ إلى الشريعة الإسلامية أولاً كمصدر موضوعي يستقى منه القاعدة

القانونية، فإن لم يجد فيها حلاً يمكنه أن يلجأ لمصدر آخر بشرط ألا يتعارض ذلك مع روح الإسلام ومقاصده.

أ ـ الشريعة الإسلامية هي المصدر المادي الرئيسي للتشريع:

تتولى السلطة التشريعية مهمة سن التشريع. وهي تتمتع، كقاعدة عامة، بحرية الرجوع إلى المصادر المادية المختلفة للقاعدة القانونية، كالعادات والأعراف والدين والعدالة وأحكام القضاء والقوانين الأجنبية واجتهادات الفقهاء. وللمشرع حرية المفاضلة بين هذه المصادر في سن ما يراه ملائماً للجماعة في ضوء الظروف القائمة بها بشرط احترام المبادئ الأساسية التي قررها الدستور.

ولكن الدستور المصري نص على اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، أي أنه ينبغي على المشرع إذا أراد سن قاعدة قانونية، الرجوع أولاً إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد فيها حلاً أمكنه الرجوع إلى المصادر الأخرى بشرط لا يتعارض التشريع المشتق منها مع جوهر الشريعة وغاياتها. مؤدى ذلك أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع وليست المصدر الوحيد. فالدستور رفع مكانتها بين المصادر المادية للتشريع بدعوة المشرع إلى استقاء القواعد القانونية منها.

«ونص الدستور على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ليس واجب الأعمال بذاته إنما هو دعوة للشارع بأن تكون هي المصدر الرئيسي فيما يشرعه من قوانين. ومن ثم فإن المناط في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية استجابة الشارع لدعوته وإفراغ مبادئها السمحاء في نصوص محددة ومنضبطة يلتزم القضاء بالحكم بمقتضاها بدءاً من التاريخ الذي تحدده السلطة التشريعية لسريانها. والقول بغير ذلك يؤدي إلى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية التي تتأبى مع حدود ولايته. فضلاً عن أن تطبيق الشريعة

الإسلامية يقتضي تحديد المعين الذي يستقى منه الحكم الشرعي من بين مذاهب الأئمة المتعددة والمتباينة في القضية الشرعية الواحدة. ويؤكد هذا النظر أنه لما كان الدستور المصري قد حدد السلطات الدستورية وأوضح اختصاص كل منها وكان الفصل بين السلطات هو قوام النظام الدستوري بما لازمه أنه لا يجوز لإحداها أن تجاوز ما قرره الدستور باعتباره القانون الأسمى وكان من المقرر وفقاً لأحكامه أن وضيفة السلطة القضائية أن تطبق القانون وتختص محكمة النقض بالسهر على صحة تطبيقه فإنه يتعين على السلطة القضائية وغيرها من السلطات النزول على أحكامه» (1).

يتضح من ذلك أن التشريع لا زال هو المصدر الرسمي الأصلي للقواعد القانونية. وتعد الشريعة الإسلامية هي المصدر المادي الرئيسي للتشريع، ومن ثم ليس للقضاء اللجوء مباشرة إلى الشريعة لتطبيقها على النزاع المطروح أمامه، بل عليه البدء بالتشريع فالعرف، فإن لم يوجد حكم فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

ب ـ تعارض التشريع مع مبادئ الشريعة الإسلامية:

ما هو الحكم بالنسبة للتشريع المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية؟

لا شك أن مقتضى النص الدستوري باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع أن كل نص تشريعي ينبغي أن يصدر موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. وكل قانون يصدر مناقضاً لنصوص القرآن والسنّة يكون مخالفاً للدستور ويمكن الطعن عليه بعدم الدستورية.

أما بالنسبة للقوانين السابقة على التعديل الدستوري القاضي باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع فإنها تظل قائمة ما لم يتم

---

(1) نقض 1982/1/23 طعن رقم 2370 س 51 ق. وحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1985/5/4.

تعديلها أو إلغائها تشريعياً. ولا يجوز الطعن عليها بعدم الدستورية في حالة مخالفتها الكلية أو الجزئية لمبادئ الشريعة الإسلامية لأن مثل هذه القوانين صدرت صحيحة ولم يقض المشرع الدستوري بإلغائها صراحة أو ضمناً. بل إن المادة 191 من الدستور تنص صراحة على أن كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً ونافذاً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور.

جـ ـ قدرة الشريعة الإسلامية على الوفاء بحاجات العصر:

ينبغي بادئ ذي بدء، التفرقة بين الفقه الإسلامية والشريعة الإسلامية. فالفقه الإسلامي هو مجموعة الاجتهادات التي توصل إليها فقهاء الإسلام في العصور المختلطة أو في مذهب من المذاهب كما انتهى إليه في عصور تدوينه. وكثير من الأحكام التي وضعها الفقهاء جاءت انعكاساً لزمن معين أو حالة اجتماعية معينة لذا لا يمكن إعطاءها صفة الصحة المطلقة.

أما الشريعة الإسلامية فتتمثل في مجموعة المصادر والأدلة التي يتم الرجوع إليها للكشف عن مراد الشارع الحكيم واستنباط الأحكام التي تتفق ومعطيات كل عصر وبيئة. فهناك الكتاب الكريم والسنّة المطهرة. فإن لم يوجد بهما نص امكن الالتجاء إلى الإجماع والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب والعرف. لذا فإن الشريعة الإسلامية شريعة عالمية صالحة لكل زمان ومكان وهي على درجة من المرونة والرحابة التي تكفي لاستيعاب ما يصيب الواقع من تطور وما يطرأ عليه من معطيات جديدة.

تقتصر الشريعة الإسلامية ـ عدا بعض الأحكام التفصيلية ـ على الأصول العامة في المعاملات، حيث أراد الله سبحانه وتعالى ترك التفاصيل والجزئيات لتعالج على مقتضيات كل عصر وتبعاً لتغير الظروف السائدة، أي يقوم المسلمون بوضع التشريعات الضرورية عن طريق الاجتهاد بشرط أن تكون منسجمة مع روح الإسلام وغاياته. فقد تركت النصوص منطقة واسعة يستنبط

لها الناس الأحكام الأصلح والأنسب لحالهم وزمانهم. ويتفق ذلك مع حديث الرسول عليه السلام «ما أحل الله في كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً».

وتتسم مصادر الشريعة الإسلامية بدرجة عالية من الوفرة والخصوبة والمرونة، ومن ثم فهي لإنتاج الأحكام في كل ما يجد من وقائع، فإلى جانب القياس يمكن الاستناد إلى المصلحة المشروعة كمصدر لكل ما يحتاجه القانون من أحكام على اختلاف الزمان والمكان. ومن ثم ينبغي علينا القيام بخطوات إيجابية لتتبع التراث الفقهي الإسلامي والتماس روح الشريعة وأحكامها عن طريقه. هذا إلى جانب الإلمام بالعلوم المعاصرة لاستيعاب معطيات الواقع وما تقتضيه من أحكام.

المطلب الثاني

الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقانون

نص التقنين المدني المصري على اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الذي يرجع إليه القاضي، في مسائل المعاملات أي الأحوال العينية، في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف. فمبادئ الشريعة الإسلامية تعد المصدر الرسمي الثالث في القانون المدني المصري.

يرجع القاضي، في هذا الصدد، إلى المبادئ العامة أي الأصول الكلية للشريعة دون الحلول التفصيلية. فالمبادئ الكلية للشريعة لا تختلف باختلاف المذاهب وليست محل خلاف بين الفقهاء. ولا يتقيد القاضي بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، ولا يرجع إلى الأحكام التفصيلية التي تختلف فيها الآراء بل يأخذ بالأصول الكلية.

والواقع أن فرصة تطبيق الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقانون هي من الندرة بمكان نظراً لأن القاضي غالباً ما يجد الحل في التشريع أو العرف.

الفصل الثالث

العرف

العرف La Coutume هو اعتياد الناس على سلوك معين في العمل، مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك كقاعدة قانونية. إذ قد حل يشيع معين لمشكلة ما، ويتكرر الالتجاء إلى هذا الحل ويستقر في نفوس الناس بحيث يشعرون بأنه جزء من تنظيم المجتمع وضروري لاستقرار المعاملات، فهنا تولد القاعدة العرفية[1].

ولدراسة العرف نعرض على التوالي لكل من: أركان العرف وشروطه، دور العرف في القانون، إثبات العرف ورقابة محكمة النقض، أساس القوة الملزمة للعرف، العرف في الشريعة الإسلامية.

---

(1) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني أن «العرف هو المصدر الشعبي الأصيل يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص. ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء» مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 1 ص 188.

المبحث الأول
أركان العرف وشروطه

يقوم العرف على ركنين: ركن مادي، وركن معنوي:

1 ـ الركن المادي للعرف: ويتمثل في اطراد العمل على سنة معينة. هذه السنة أو هذا السلوك ينشأ تلقائياً بسبب الحاجة إليه في العمل، ولكن ينبغي تكرار السنة على نحو يضمن ثباتها Constant واستقرارها مدة طويلة من الزمن.

ويجب أن يدرج غالبة أفراد المجتمع على هذا السلوك. أي ينبغي أن يكون شاملاً. والشمول ليس معناه كل الجماعة، بل كل المكان الذي يتبع فيه، وأن يكون عاماً general بالنسبة لكل الأشخاص الموجه إليهم. فهناك عرف محلي قاصر على جزء معين من الدولة. وهناك عرف مهني أو طائفي كالعرف التجاري أو الزراعي.

ويجب أن يكون السلوك غير مخالف للنظام العام والآداب [1]. فالسلوك

---

(1) ويبدو ذلك بوضوح في مجال العرف الطائفي والمحلي. وقد ثار التساؤل حول مدى مواقعة العرف الكنسي الخاص بنظام الرهبنة، وهو عرف طائفي، للنظام العام فقضت محكمة النقض بأن «الرهبنة نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية في مصر، وقد اعترفت بها الحكومة المصرية.. وأن من قواعد الرهبنة .. إن الأموال التي تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكاً للبيعة، إذ الراهب يدخل الدير فقيراً مجرداً عن كل مال كي يثقف ويربى تربية دينية على حساب الدير راضياً بالنظام الكنسي القاضي بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئاً، بل يكون ملكاً للكنيسة. وهذا التراضي الذي جرى العرف الكنسي باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادئ النظام العام أو أحكام القانون في شيء ما» نقض 1942/5/14 مجموعة عمر جـ 3 ص 431.

وقررت أيضاً مشروعية نظام الدوطة بين غير المسلمين، حيث أنه اتفاق ذو طابع مالي، ينشأ باتفاق الطرفين، ويخضع لقواعد هذا الاتفاق ولما تنصرف إليه إرادة عقائدية والعرف الجاري بين أفراد الطائفة التي ينتسبون إليها فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام. نقض 1952/6/12 مجموعة النقض في 25 سنة جـ 1 ص 119.

المخالف مهما تكرر لا يمكن أن يصبح قاعدة قانونية ملزمة. فاعتياد بعض الأقاليم على الأخذ بالثأر لا يمكن اعتباره قاعدة عرفية لأنه يخالف النظام العام المتمثل في مبدأ اختصاص الدولة وحدها بتوقيع العقاب.

2 ـ الركن المعنوي للعرف: ويتمثل في العقيدة بإلزام العرف أي الاعتقاد بأن السلوك المتبع قد أصبح ملزماً وواجب الاتباع وأن من يخالفه ينبغي أن يتعرض لجزاء مادي يوقع عليه.

فإذا توافرت أركان العرف على النحو السابق، وتأكد الفقه والقضاء من أن سلوكاً معيناً قد أصبح عرفاً ثابتاً لا تتكرر المنازعات بشأنه أصبح قاعدة قانونية ملزمة كالتشريع تماماً.

العرف والعادة الاتفاقية:

الركن المعنوي في العرف أي العقيدة الملزمة هي التي تميزه عن غيره من العادات الاجتماعية، كالمجاملات التي تقوم على مجرد الاعتبارات الأدبية دون أن يتوافر لها وصف الإلزام.

ويختلف العرف عن العادات الاتفاقية Usages Conventionnels كذلك لعدم توافر الإلزام فيها، رغم أن الركن المادي أي تكرار السلوك مشترك بينهما. فالعرف ملزم بذاته، أما العادة الاتفاقية فلا تكون ملزمة إلا إذا اتجهت إرادة الأفراد إلى ذلك، أي اتفاق الأفراد صراحة أو ضمناً على الالتزام بها.

ومن أمثلة العادة الاتفاقية ما يجري عليه الكثير من الناس من تحمل المؤجر ثمن المياه والمستأجر ثمن الكهرباء، وما يجري عليه تجار الفاكهة من زيادة نسبة على العدد أو الوزن المتفق عليه.

ونظراً لأن العادة الاتفاقية ليست قاعدة قانونية فإن القاضي لا يطبقها إلا إذا تمسك بها الأفراد وقاموا بإثباتها أمامه. أما العرف فهو قانون يجب على القاضي العلم به وتطبيقه من تلقاء نفسه وهو يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض.

المبحث الثاني

دور العرف في القانون

يأتي العرف في المرتبة الثانية بعد التشريع فهو يكمل التشريع وهو أحياناً يعاونه أو يفسره، وفي حالات أخرى يخالفه. ويختلف دور العرف حسب الفرع الذي ينتمي إليه من فروع القانون.

1 ـ العرف المكمل للتشريع:

تحيل المادة الأولى من القانون المدني المصري إلى العرف كمصدر رسمي للقانون يرجع إليه القاضي رذا لم يجد نصاً تشريعياً أو حكماً في الشريعة الإسلامية يحكم النزاع المعروض أمامه فالعرف يسد الفراغ التشريعي، ويكمل ما فيه من نقص. ولا يجوز اللجوء إلى العرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعي [1].

ونتيجة لأن العرف يأتي في المرتبة بعد التشريع، فإنه لا يستطيع أن يخالف أو يلغي نصاً تشريعياً آمراً في نفس المجال [2] إلا إذا سمح هذا

---

(1) نقض 1977/2/23 س 28 ص 117.

(2) وقضت المحكمة الإدارية العليا بأنه يشترط لاعتبار العرف ملزماً للإدارة أن يتوافر شرطان:

أولاً: أن يكون العرف عاماً. وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة بصورة منتظمة. فإذا أغفل هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذي جرت على مقتضاه الإدارة إلى مستوى العرف الملزم لها.

ثانياً: الا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم. وقد نص الشارع على العرف كمصدر رسمي للقانون. غير أنه من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع، ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصاً قائماً. ويندرج تحت ذلك أن العرف الناشئ من خطأ في فهم القانون لا يمكن التعويل عليه. الإدارية العليا 1977/2/24 س 7 ص .

النص بذلك، بخلاف التشريع الذي يمكن له أن يعدل العرف أو يلغيه.

ولكن العرف يستطيع أن يخالف قاعدة مكملة لأن طبيعة هذه القاعدة تسمح بذلك، إذ هي لا تطبق إلا إذا لم يتفق الأفراد على ما يخالفها. والعرف يعتبر اتفاق ضمني من قبل أفراد المجتمع على مسألة معينة. ومن الأمثلة على ذلك نص القانون على أن نفقات تسلم الشيء المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك. ومن أمثلة العرف المكمل ما تقضي به المحاكم من أن الأثاث الذي يوجد في منزل الزوجية يعتبر مملوكاً للزوجة.

2 ـ العرف المعاون للتشريع:

عند تنظيم التشريع لموضوع معين قد يقوم بالإحالة إلى العرف أو العادات لتحديد وتفسير وتفصيل بعض المسائل اللازمة لتطبيقه [1].

مثال ذلك إحالة التشريع إلى العرف لتحديد مفهوم ملحقات الشيء المبيع. إذ ينص القانون المدني على أن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.

---

(1) ولا يجوز اللجوء إلى العرف لتفسير التشريع طالما أمكن تفسيره من عباراته بصورة واضحة، وفي هذا تقرر محكمة النقض بأنه لا تثريب على محكمة الموضوع إذا هي رفضت الاستجابة إلى ما طلبه الطاعن من إحالة الدعوى التحقيق ليثبت ما ادعاه من قيام عرف تجاري مبناه أن التعامل في سوق البصل في الإسكندرية يجري على أساس معاينة المبيع وأن البيع لا يتم على مقتضى عينة خاصة – ذلك أن دفاع الطاعن في هذا الخصوص لم يكن مبناه أن ثمة عرفاً تجارياً يناهض نصاً مفسراً وإنما مبناه أن هذا العرف هو الذي يتحدد به مراد الشارع في نص المادة 34 من القرار الوزاري رقم 81 لسنة 1942. وإذا كان هذا هو ما استهدفه الطاعن بطلب الإحالة إلى التحقيق فإنه لا حرج على محكمة الموضوع إذا هي التفتت عنه وأخذت في تفسير ذلك النص بما تدل عليه عبارته الواضحة. نقض 1959/10/15 س 10 ص 567.

ومن ذلك أيضاً النص على تحمل المستأجر الترميمات التأجيرية أي البسيطة التي يقضي بها العرف مثل الخلل الذي قد يحدث بتوصيلات المياه والكهرباء وأعمال البياض داخل الشقة [1].

3 ـ العرف المخالف للتشريع:

قد يسمح التشريع مباشرة للعرف بأن يخالفه في بعض المسائل الفرعية باعتباره أكثر اتفاقاً مع حاجات التعامل ومتطلبات الواقع في هذا المجال.

مثال ذلك النص على أن الثمن مستحق الوفاء في المكان الي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

والنص على أنه يجوز للعرف التجاري أن يخالف القاعدة الآمرة التي تقضي بمنع الفوائد المركبة [2] وبعدم جواز زيادة مجموع ما يتقاضاه

---

(1) وينبغي الإشارة إلى أن اتفاق الأطراف يكون مفضلاً على العرف. وتقرر محكمة النقض بأنه لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتحلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد الذي تم بينه وبين الطرف الآخر في العقد، إذ لا يوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف التجاري ويكون اتفاقهما ملزماً. نقض 1969/6/12 س 10 ص 921.

وإذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. على أنه من المسلم أنه ليس للقاضي في تحري نية العاقدين أن يرجع إلى العرف إلا إذا كان القانون لا يوجد فيه نص يحكم العقد أو كان العقد ليس فيه ما يكشف عن قصد المتعاقدين منه أو كان ذلك مبهماً فيه. نقض 1940/3/28 مجموعة الخمس وعشرين سنة كلمة عقد رقم 99.

(2) وتقرر محكمة النقض «بأن مفاد نص المادتين 232، 233 من القانون المدني أن المشرع قد حرم تقاضي الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضي به القواعد والعادات التجارية، كما أقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد دخل الحساب الجاري. وأضاف الحكم إلى ذلك أن صفة الحساب الجاري تزول عنه بعد إقفاله =

الدائن من فوائد على رأس المال [1].

4 ـ دور العرف في مختلف فروع القانون:

يختلف دور العرف وأهميته من فرع إلى آخر من فروع القانون. إذ ينتفي دور العرف في القانون الجنائي نظراً لقيامه على المبدأ القائل «لا عقوبة ولا جرية إلا بنص» [2]. بينما يتضائل في القانون المدني. إلا أنه يلعب دوراً هاماً في القانون الدستوري والقانون الدولي العام والقانون الإداري والقانون التجاري.

ففي القانون الدولي العام لا زالت معظم قواعده ذات طبيعة عرفية

= ويصبح الرصيد ديناً عادياً مما لا يجوز معه وفقاً للمادة 232 من القانون المدني تقاضي فوائد مركبة عنه ولو اتفق على ذلك الطرفان لأن تحريم الفوائد المركبة من النظام العام مما لا يصح معه الاتفاق على مخالفته ولا يستثنى من ذلك إلا ما تقضي به القواعد والعادات التجارية» نقض 1976/3/29 س 27 ص 788.

(1) وتحدد محكمة النقض المقصود بالعادة التجارية التي تعنيها الفقرة الأخيرة من المادة 232 مدني بأنه ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من أوضاع وسنن في التعامل، فيكفي العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة، ولا يشترط أن تكون هذه السنة مخالفة لأحكام القانون، وقررت أن استدلال الحكم على قيام عادة تجارية تجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال بأن العادة التجارية تثبت بكافة طرق الإثبات، ومن ذلك ما كان مستمداً من طبيعة العمل نفسه وخصائصه وأن القروض طويلة الأجل هي من صميم أعمال البنوك، وجريان العادة منذ نشوء الئتمان العقاري على اقتضاء فوائد تزيد على رأس المال، إنما هو استدلال سائغ لا عيب فيه. نقض 1963/6/27 س 14 ص 946.

(2) مثال ذلك ما قررته محكمة النقض بأنه «لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضي بأن يلتزم سائق السيارة السير على اليمين في اجتياز الميدان وأن يدور حوله، فإن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطرق دائماً. ومخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات التي تنص على أنه لا يجوز سوق السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور أو ممتلكاته» نقض جنائي 1948/4/6 المحاماة س 29 ص 717.

تتمثل فيما يسير عليه العمل بانتظام في الجماعة الدولية سواء في علاقات الدول فيما بينها أو في علاقاتها بالمنظمات الدولية.

ويلعب العرف دوراً هاماً في القانون التجاري وذلك لأن لتشريع لا يغطي كل العلاقات التجارية نظراً لما تتسم به من تنوع وتطور وسرعة. ومن أمثلة العرف التجاري تحديد أجر السمسار بمقدار 2،5٪، وافتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري أي أن الدائن يستطيع أن يطالب أياً منهم بكل الدين ويستطيع من يودي الدين الرجوع على شركائه في الدين. ولا يمكن الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة التجارية حسن النية.

ويلعب العرف دوراً محدوداً في القانون المدني، ودوراً أكثر أهمية في القانون الإداري[1].

---

(1) مجلس شورى الدولة في 1969/4/20 ن. ق 1969 ص 625.

المبحث الثالث
إثبات العرف ورقابة محكمة النقض

المطلب الأول
إثبات العرف والعادة وتطبيقهما

أ ـ العادة الإتفاقية:

1 ـ رأينا أن العادة الاتفاقية هي سلوك يستقر الناس على اتباعه مدة من الزمن دون الاستناد إلى عقيدة إلزامية بوجوب مراعاتها واحترامها، فهي مجرد سنة مضطردة في العمل ينقصها ركن الاعتقاد باللزوم. وهكذا فالعادة عرف ناقص، فإذا استمر الناس مدة طويلة في العمل بقاعدة معينة، ولكن الشعور بضرورة احترامها لم يتوافر لديهم، لم يكن هناك عرف، بل مجرد عادة.

يتضح من ذلك أن العادة ليست قانوناً ولا تتضمن قاعدة قانونية، ولا تطبق إلا إذا اتفق الأفراد على اتباع حكمها. فهي ليست ملزمة بذاتها، بل تستمد إلزامها من إرادة واتفاق الأطراف بقبول اتباع هذه العادة. والاتفاق على اتباع حكم العادة قد يتم بصورة صريحة بين الأطراف، وقد يقع الاتفاق على اتباع العادة ضمناً، أي يتضح هذا الاتفاق من ظروف التعاقد وملابساته. ويمكن أن يستشف تراضي الأطراف ضمنياً على الأخذ بالعادة من مجرد علمهما بوجودها. ويفترض هذا العلم من شيوع العادة وجريان الناس عليها.

ونظراً لأن العادة ليست قانوناً فإن القاضي لا يطبقها من تلقاء نفسه، بل ينبغي على الأفراد التمسك بتطبيقها. ولا يجوز للمحكمة أن تطبق العادة

الاتفاقية إلا إذا طلب منها أحد الخصوم ذلك بشرط أن يثبت اتجاه قصد الأطراف إلى أعمال حكمها صراحة أو ضمناً، وأن يقيم الدليل على وجود مثل هذه العادة. أي أن عبء إثبات العادة يقع على عاتق المصلحة. لذا قضي بأنه متى كان الطاعن يدعي قيام العادة بين الشركة وموظفيها على العمل في الخارج وفي غير أوقات العمل لديها، فإن عليه هو لا على الشركة إثبات وجودها وإثبات أن المتعاقدين كليهما قد قصدا الالتزام بها واتباعها [1].

والعادة الاتفاقية هي مجرد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات. ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية كاملة في إثبات العادة بوصفها عنصراً من عناصر الواقع، دون الخضوع في ذلك الرقابة محكمة النقض [2].

ب ـ العرف:

أما العرف فهو كالقانون المكتوب سواء بسواء، فالقاعدة العرفية كالقاعدة التي ينص عليها التشريع تلزم الناس ولا يجوز لهم الاحتجاج بجهلها، وذلك أن العرف قانون ولا يعذر أحد بجهله القانون، ويطبق على الناس ولو لم يعلموا به، وإن كان من الصعب تصور قيام عرف لا يعلم الناس به لأنه سلوك تلقائي شائع بين الناس يقومون باتباعه مع الاعتقاد بإلزامه.

ويترتب على ذلك أن المتخاصمين لا يلزمون بإثبات وجود العرف،

---

(1) نقض 1962/5/22 س 13 ص 248.

(2) وقضت محكمة النقض بأن العادات التجارية تعتبر من مسائل الواقع التي يترك أمر التثبت منها لقاضي الموضوع. فإذا كانت الطاعنة لم تقدم ما يفيد سبق تمسكها أمام محكمة الموضوع بما يستدل منه على قيام عرف تجاري باحتساب سعر الفوائد التعويضية بواقع 6،5٪ إذا لم يتفق الطرفان على تحديدها فإنه لا يجوز إثارة هذه المسالة لأول مرة أمام محكمة النقض. نقض 1966/2/22 س 17 ص 357. تمييز 68 في 1972/12/26 العدل 1972 ص 177.

لأنه قانون ويفترض في القاضي أن يعلم به، ذلك أن واجبه أن يكون ملماً بالقانون أياً كان مصدره. فالمفروض في القاضي العلم بالقواعد القانونية بما في ذلك القواعد العرفية. ويجب على المحكمة أن تطبق العرف من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثبته أو لم يتمسك به الخصم طالما لم يوجد تشريع يحكم النزاع المعروض عليه، وإذا تخلف القاضي عن ذلك اعتبر مخطئاً في تطبيق القانون.

ولا يمكن إنكار الصعوبة العملية التي قد يجدها القاضي في التثبت من قيام العرف بالمقارنة بالتشريع. فالتشريع يصدر في وثيقة مكتوبة لذا يسهل علم القاضي به والتعرف عليه. أما العرف فسنة متواترة يجري العمل عليها في الجماعة. وقد يصعب على القاضي العلم الكامل والإحاطة التامة بالعرف وتبين أركانه، خاصة بالنسبة للعرف الطائفي أو المحلي الذي يختلف باختلاف الطوائف والمناطق. لذلك يجوز للقاضي أن يطلب من الخصوم معاونته في إثبات العرف. بل أن الخصم صاحب المصلحة الذي يتمسك بالعرف هو الذي يبادر، غالباً، بتقديم الدليل على وجود القاعدة العرفية المراد تطبيقها.

ولكن ينبغي ملاحظة أن مجرد عجز الخصم عن إثبات العرف لا يعد في ذاته سبباً كافياً لرفض الأخذ بالعرف. فيجدر بالقاضي أن يتحرى بنفسه قيام العرف وتوافر ركنيه وأن يثبت ذلك في حكمه مع بيان الأسباب المؤدية لما أخذ به. وإذا رفض القاضي تطبيق العرف وجب أن يكون هذا الرفض مبنياً على الاقتناع بعدم قيام هذا العرف. مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض بأنه ليس من الثابت وجود عرف مستقر يقضي بوجود وكالة ضمنية من الزوجة لزوجها بمجرد قيام الزوجية. أي أنه لا يوجد عرف في مصر على أن الزوج هو وكيل عن زوجته في معاملاتها المالية لمجرد كونه زوجاً[1].

---

(1) نقض 1952/3/6 مجموعة الخمس وعشرين عاماً، وكالة رقم 6. تمييز 51 في 26/ 1961/5 ن. ق 1961 ص 427.

ونظراً لأن إثبات العرف يتعلق بوجود قاعدة قانونية، فإنه لا يجوز التعويل على الإقرار أو اليمين لأن القانون لا يثبت عن طريقهما، وإنما يجوز إثبات العرف عن طريق السوابق العملية أو القضائية أو شهادة ذوي الخبرة. فيمكن إثبات العرف التجاري عن طريق شهادة من الغرفة التجارية مثلاً، وقد تلجأ المحكمة إلى أهل النقابات المهنية في إثبات العرف المهني. ويجوز للقاضي ندب خبير للتحقق من وجود العرف.

المطلب الثاني

رقابة محكمة النقض لقيام العرف وتطبيقه

من المتفق عليه أن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية كاملة في كل ما يتعلق بالعادات الاتفاقية سواء من حيث التثبت من قيامها أو من حيث تفسيرها وتطبيقها، وهو لا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض.

أما بالنسبة للعرف فقد استقرت محكمة النقض على التفرقة بين أمرين: التحقق من قيام العرف من جهة، وصحة تطبيقه من جهة أخرى.

أ ـ التحقق من قيام العرف: استقر قضاء محكمة النقض على أن تحري العرف في ذاته والتثبت من قيامه يعتبر من أمور الموضوع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض. ومن ثم فإن المنازعة فيه تعتبر من قبيل الجدل الموضوعي الذي لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. بل ينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيام العرف(1).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف يمنع أن يتقاضى ابن فوائد من والدته

(1) نقض 1975/5/27 س 26 ص 228 وقد جاء فيه «... وإذ يبين من الأوراق أن الطاعن لم يدع قيام عرف أمام محكمة الموضوع فيما يثيره بسبب النقض، فإن النعي على الحكم بمخالفة العرف التجاري يكون في غير محله».

وشقيقته فإنه لا يجوز التحدي بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض[1] وقضت كذلك بأنه إذا انتهى الحكم المطعون فيه في حدود سلطته الموضوعية إلى الاعتداد بعقد العمل محدد المدة وإلى نفي وجود عرف يلزم رب العل بأداء منحة للعامل كجزء من أجرة، بأدلة سائغة تؤدي إلى ما انتهى إليه، فإنه ما يثيره العامل في هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً لا يصح طرحه أمام محكمة النقض[2] وقضت كذلك أنه إذا كانت الأوراق خلواً مما يثبت أن الطاعن قدم أمام محكمة الموضوع ما يدل على أن العرف قد جرى في مدينة الاسكندرية على اعتبار أكتوبر من أشهر الصيف التي يباح فيها التأجير من الباطن، ومن ثم فلا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض[3].

ويبدو أن قضاء النقض السابق قد صدر انطلاقاً من الضرورات العملية التي تجعل من الصعب على القاضي التثبت من قيام العرف والتحقق من شروطه. ودور القاضي في هذا الشأن يتصل بالواقع. ومن ثم فإن محكمة النقض اعتبرت أن الأمر يتعلق بالموضوع ويصعب عليها أمام عدم وجود صياغة لفظية للقاعدة العرفية مراقبة وجودها وتفسيرها.

ينتقد الفقه هذا القضاء لأن التبت من قيام العرف يعتبر مسألة قانونية ينبغي أن يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض، فالعرف قاعدة قانونية يخضع قاضي الموضوع عند تثبته من وجودها لرقابة محكمة النقض. والقاعدة العرفية باعتبارها مصدراً للقانون أحوج لرقابة محكمة النقض من القاعدة التشريعية ولا يعقل أن يكون التأكد من وجود العرف مسألة موضوعية تختلف بشأنها محاكم الموضوع دون تدخل من محكمة النقض.

ب ـ رقابة تطبيق العرف: اعتبرت محكمة النقض أن تطبيق العرف

(1) نقض 1975/2/5 س 26 ص 331.
(2) نقض 1972/4/22 س 23 ص 756.
(3) نقض 1980/12/20 الطعن رقم 49 س 50 ق.

مسألة قانونية ويخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض. وقضت بأنه وإن كان التثبت من قيام العرف متروكاً لقاضي الموضوع إلا أنه لا يعفى من بيان دليله على قيامه والمصدر الذي استقى منه ذلك إذا نازع أحد الخصوم في وجود العرف، فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر بوجود عرف يقضي بأن يكون المؤجل من أتعاب المحامين معادلاً للمعجل منها دون أن يذكر دليل وجوده أو المصدر الذي استقى منه ذلك رغم أن الطاعن قد أنكر وجود هذا العرف، يكون قد خالف القانون[1].

وقضت كذلك بأنه متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضي بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقاً على تاريخ انتهاء الإيجار دون أن تتثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو تبين مصدره وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضي باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمع المحصول فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً مما يوجب نقضه.

يتضح من ذلك القضاء أن محكمة النقض وإن كانت لا تراقب قاضي الموضوع في التحقق من وجود العرف إلا أنها تتطلب منه أن يبين في حكمه دليله على قيام العرف والمصدر الذي استقى منه ذلك والسند الذي استند اليه في هذا الشأن. ومن جهة أخرى فإنه ليس لقاضي الموضوع أن يمتنع عن تطبيق عرف متى ثبت لديه وجوده.

---

(1) نقض 1969/12/25 س 20 ص 1356. تمييز رقم 141 في 1967/12/13 ن. ق 1971 ص 1141.

المبحث الرابع
تقدير العرف وأساس إلزامه

المطلب الأول
تقدير العرف

إن قيمة العرف لا تتضح إلا على ضوء المقارنة بمكانة التشريع، فالمزايا التي تنسب للعرف هي في ذات الوقت عيوب في التشريع. وعيوب العرف هي مزايا التشريع.

أ ـ مزايا العرف:

1 ـ العرف هو المصدر الشعبي الأصيل للقانون، فهو ينشأ تلقائياً بالتدريج من اعتياد الناس على سلوك معين واعتقادهم بإلزامه، لذا فهو يتفق مع ظروف الجماعة ورغباتها ويعبر تعبيراً صادقاً عن الإرادة الحقيقية فيها. وذلك بعكس التشريع الذي قد يتم وضعه بطريقة غير ملاءمة لظروف المجتمع.

2 ـ يتطور العرف بصفة تلقائية ودائمة تبعاً لتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية، فهو جزء من حياة المجتمع يتغير بتغيرها وتزول قواعده التي لم تعد ملائمة للواقع الجديد فيها. أم التشريع فقد يتأخر تعديله فيصبح غير ملائم للظروف الاجتماعية.

3 ـ يعجز التشريع عن تغطية كافة مسائل الحياة في المجتمع، ويصعب على المشرع مواجهة الكثير من الأمور التي تتفاوت من بيئة لأخرى ومكان لآخر. لذلك فإن العرف هو الذي يقوم بسد ذلك النقض في التشريع، ويبدو ذلك بوضوح في المسائل التجارية التي تتسم بالتشعب والتغير المستمر.

ب ـ عيوب العرف:

1 ـ العرف بطيء في نشأته وتطوره حيث يحتاج زمناً طويلاً لميلاده وتغيره، ولا يمكن الاعتماد عليه لمواجهة المشاكل الحاسمة في المجتمع المعاصر، أو تعديل بعض الأوضاع الغير ملائمة. أما التشريع فهو الأداة المناسبة لأحداث التغييرات السريعة وتوجيه أمور الجماعة.

2 ـ يصعب التحقق من وجود القاعدة العرفية والتثبت من مضمونها لانها غير مكتوبة ويؤدي ذلك إلى عدم استقرار المعاملات واضطرابها.

3 ـ يتسم العرف، غالباً، بالطابع المحلي أو الطائفي، أي أنه يختلف باختلاف الأقاليم والمهن والطوائف، ويؤدي ذلك إلى تعدد القواعد المطبقة، في نفس الموضوع، في الدولة، مما يعوق وحدة النظام في الجماعة وتوحيد النظام القانوني فيها، ولا شك أن ذلك يؤثر سلباً على الوحدة الوطنية.

أدت هذه العيوب إلى تفوق التشريع كمصدر رئيسي للتشريع في المجتمعات الحديثة، إلا أن العرف ظل محتفظاً بطابعه الحيوي كمصدر للقانون إلى جانب التشريع، في كثير من المسائل والموضوعات.

المطلب الثاني
أساس قوة العرف الملزمة

ينشأ العرف بتوافر ركنيه المادي والمعنوي أي من اتباع الناس لسلوك معين بطريقة متواترة حتى ينشأ لديهم الاعتقاد بإلزامه. ويثور التساؤل عن أساس نشأة الاعتقاد بالإلزام، أي ما هو سبب القوة الملزمة للعرف، وما هو الأساس في اعتبار العرف مصدراً رسمياً للقانون؟

اختلفت الآراء وتعددت النظريات بصدد الإجابة على هذا السؤال:

أ ـ تأسيس إلزام العرف على إرادة السلطة العامة: يرى البعض أن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادة السلطة العامة، فهي التي ترضى عنه

وتسمح بأعماله وتكفل احترامه بوسائلها المادية. فالعرف يعتبر بذلك تعبيراً عن الإرادة الضمنية للمشرع، كما يعتبر التشريع إرادته الصريحة.

تقوم هذه النظرية على أساس المذهب الشكلي في تصوير القانون، ومفهوم هذا المذهب هو أن إرادة المشرع هي المصدر الوحيد للقانون، فالقانون وليد إرادة صاحب السلطان في السلطان في الدولة، فرداً كان أو هيئة. والعرف هو تشريع ضمني صادر عن الإرادة الضمنية للمشرع.

والواقع إننا أمام نظرية قديمة تبناها فقهاء القانون الكنسي لترسيخ قوة الرئيس الأعلى للكنيسة والنظم الملكية الاستبدادية كمصدر وحيد للقانون تخلط هذه النظرية بين العرف والتشريع، إلا أنه من المسلم به أن العرف أسبق في الوجود من التشريع، وهو ينشأ تلقائياً بعيداً عن إرادة السلطة، ويتمتع بقوة ذاتية.

ب ـ تأسيس القوة الملزمة للعرف على أحكام القضاء: وترى هذه النظرية إن العرف يستمد قوته الملزمة من إقرار المحاكم له في قضائها. فالعرف لا ينشأ تلقائياً. بل أن القضاء هو الذي يخلقه بما يضيفه عليه من قوة إلزامية وذلك بتطبيقه على ما يرفع إليه من منازعات.

وتحظى هذه النظرية بالتأييد في ظل نظام السوابق القضائية المقرر في القانون الانجليزي، إلا أنها غير صحيحة، حيث توجد بعض القواعد العرفية التي نشأت دون حاجة إلى تدخل القضاء كالقواعد الأساسية للنظم الملكية، وقواعد العرف المهني. والواقع أن القضاء يطبق القانون الموجود أياً كان مصدره، والقاضي لا يخلق القاعدة العرفية بل يطبقها لأنها موجودة وملزمة.

جـ ـ تأسيس القوة الملزمة للعرف على الضمير الجماعي: يرى أنصار المذهب التاريخي في تصوير القانون أن العرف يستمد قوته من المصدر الحقيقي للقانون ألا وهو الضمير الجماعي أو ضمير الشعب، لذلك فإن العرف لا يستمد قوته من التشريع بل هو أسمى منه لأنه أقرب إلى روح

الأمة. فالعرف ينشأ تلقائياً من عادات درج عليها الناس وأجمعوا على الاعتقاد في لزومها.

والواقع أنه يصعب قبول المذهب التاريخي الذي يجعل من ضمير الشعب المصدر الوحيد للقانون، وأن القانون يوجد نافذاً قبل الكشف عنه بواسطة التشريع أو العرف، لأن فكرة الضمير الجماعي فكرة غامضة ومن الصعب أن يتحدد على أساسها القانون المطبق في الدولة.

د ـ الخلاصة: الواقع أنه لا يمكن إنكار فضل المذاهب السابقة في تحليل القوة الملزمة للعرف، خاصة وأن كل مذهب قد أدى دوراً هاماً في الظروف التاريخية والاجتماعية التي ولد فيها، ومن ثم فإن تلك الأفكار، وأن لم يصلح كل منها في تقديم المبرر الكافي لإلزام العرف، إلا أنها تصادف جانباً من الحقيقة في هذا المقام.

فمما لا شك فيه أن العرف يعبر بصدق عن إرادة الجماعة ويعد انعكاساً للضمير الجماعي فيها، إلا أن هذا الضمير لا ينشئ العرف، بل لا بد من إرادة واعية لخلقه. فالعرف يبدأ بسلوك إرادي من فرد أو مجموعة من الأفراد ثم يستمر وينتشر في الجماعة، فالعرف وليد الإرادة الواعية في الجماعة. وتتمثل هذه الإرادة في القائمين على أمر المهنة أو الحرفة أو البيئة أو المكان بحسب ما جرى عليه العمل. تقوم تلك الفئة باعتماد سلوك معين وتعتقد في وجوب إلزامه وعدم الخروج عليه ثم يمتد ذلك الاعتقاد لدى أفراد الجماعة.

ولا شك أن العرف يتأثر بالوسط الاجتماعي الذي يوجد فيه من جهة، والهيكل التنظيمي للمجتمع من جهة أخرى. تزداد أهمية العرف في المجتمعات التقليدية وتقل مكانته في المجتمع المنظم الذي يبرز فيه دور السلطة ويزداد تدخلها في تنظيم أحكامه. ويؤكد ذلك أن العرف يعتبر مصدراً مستقلاً للقانون بعيداً عن التشريع، إلا أنه لا يمكن إنكار العلاقة بينهما حيث يلعب العرف دوراً هاماً في معاونة التشريع وتكملة ما ينقصه

من قواعد، بل أن المشرع كثيراً ما يستمد تشريعاته من العرف ويحيل اليه صراحة بصدد بعض المسائل التي يراه أكثر قدرة وملائمة على معالجتها.

وأخيراً فإنه لا يمكن بحال من الأحوال إنكار دور القضاء في مجال العرف. فكثيراً ما يؤدي استقرار المحاكم على أمر معين في المسألة إلى التمهيد لخلق العرف، حيث يجري الأفراد على تنظيم أمورهم طبقاً لما يستقر عليه القضاء ثم يتولد الشعور لدى القادة بوجوب احترامه ويمتد الإحساس بإلزامه لدى كافة الناس. ومن جهة أخرى فإن القضاء يلعب دوراً هاماً في تحديد مضمون القواعد العرفية وإثباتها. فالقاعدة العرفية تتكون تلقائياً بالتدريج داخل الجماعة وهي غير مكتوبة مما قد يثير الشك حول وجودها والنزاع بصدد مضمونها. يؤدي تطبيق المحاكم للعرف إلى تأكيده. وتدعيمه وإزالة كل لبس حول مضمونه.

المبحث الخامس
العرف في الشريعة الإسلامية

أ ـ المقصود بالعرف:

العرف في الشريعة الإسلامية هو ما تعارفه الناس واستقامت عليه أمورهم من قول أو فعل أو ترك. وينقسم العرف إلى عرف عملي كتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه. وعرف قولي كإطلاق الولد على الذكر دون الأنثى وإطلاق الضعف على المثلين مع أن الضعف في كلام العرب، في الأصل، هو المثل. وينقسم العرف أيضاً إلى عرف عام وهو ما يتعارفه الناس جميعاً في عصر من العصور، وعرف خاص وهو ما يتعارفه أهل طائفة معينة أو أهل بلد معين.

ب ـ حجية العرف:

يستدل علماء الشريعة على حجية العرف كدليل لبناء الأحكام الفقهية بالأدلة الآتية:

1 ـ قول الله تعالى: ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾، ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾، فينبغي في تشريع الأحكام مراعاة ما اعتاده الناس ومنطق الفطرة السليمة والعقول الناضجة حتى لا يقع الناس في حرج.

2 ـ قول الرسول ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»، وقوله لهند زوج أبي سفيان، حينما اشتكت إليه بخل زوجها عليها بالنفقة «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف».

3 ـ «إن جريان عرف الناس على أمر من الأمور دليل على أن في العمل به مصلحة لهم، أو رفع حرج عنهم. والمصلحة دليل شرعي كما أن

رفع الحرج مقصد شرعي، وهو نوع من أنواع المصلحة. وقد جاء الإسلام فأقر الصالح مما تعارف عليه العرب». وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى الاحتجاج بالعرف. وقد جرى على السنة العلماء قولهم: العادة شريعة محكمة - الثابت بالعرف كالثابت بالنص - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً - الحقيقة تترك بدلالة الاستعمال والعادة.

جـ - شروط العمل بالعرف:

والعرف الذي يصلح كأساس لبعض الأحكام الشرعية هو العرف الصحيح، فالعرف الصحيح يكون مرجع المجتهد في اجتهاده وفتواه ومرجع القاضي في قضائه، والعرف على هذا النحو هو ما توافرت فيه الشروط الاتية:

1 - لا يخالف العرف نصاً قطعياً من كتاب أو سنّة.

2 - أن يكون العرف مطرداً أي يجري عليه الأمر في جميع الوقائع، أو أن يكون غالباً أي يجري عليه العمل في أكثرها. أم العرف المشترك الذي يتساوى مع عرف آخر فلا يعمل به ولا يبنى عليه الحكم.

3 - لا يخالف العرف نصاً أو شرطاً في العقد، فإذا وجد نص أو شرط لأحد المتعاقدين وجب العمل به ما دام صحيحاً، ولا يعتد بالعرف طالما وجد اتفاق مخالف.

4 - أن يكون العرف سابقاً ومقارناً لزمن الشيء المحمول على العرف، فلا عبرة بالعرف الطارئ المتأخر، وتبنى الأحكام على العرف القائم في عصر أهله. فإذا أريد الاحتكام، إلى العرف بصدد تصرف معين فإنه لا يعتد إلا بالعرف المعاصر لذلك التصرف.

د - مقارنة العرف الشرعي بالعرف في القانون:

إن العرف في القانون الوضعي هو اعتياد الناس على سلوك معين مع

وجود الاعتقاد بإلزامه ووجوب احترامه. أما العرف في الشريعة الإسلامية فيتمثل في الاعتياد على سلوك معين من قبل كل الناس أو طائفة أو جماعة تتحدد بمكان أو مهنة معينة، ولا يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لقيام العرف توافر الاعتقاد بإلزامه، وأساس حجية العرف لديهم هو ما يمثله من مصلحة راجحة ضرورية للناس، فهو تعبير عن المصالح المشروعة في الشريعة. ويأتي هذا التعبير من إجماع الناس عليه في تعاملاتهم.

فالعرف في القانون يستمد قوته من كونه تعبيراً عن إرادة الأمة في وجوب الالتزام بحكمه أما في الشريعة فيستمد العرف حجيته من كونه تعبيراً عن المصلحة التي تبنى عليها الأحكام، وتستمد الأحكام إلزامها من وجود قوة عليا تلزم بها هي قوة الله سبحانه وتعالى الذي يفرض كل ما فيه مصلحة العباد، سواء اعتاد عليها الناس أم لم لا.

ونظراً لأن فقهاء الشريعة لا يشترطون لقيام العرف وجوب توافر الاعتقاد في إلزام السلوك الذي اعتاد عليه الناس، فأنهم لا يفرقون بين العرف والعادة خلافاً لما يستقر عليه رجال القانون، والسبب في ذلك هو اختلاف النظرة إلى أساس حجية العرف لدى كل من الفريقين كما رأينا.

يستند العرف في الشريعة الإسلامية إلى المصلحة إلا أنه، مع ذلك، يتميز عنها كمصدر مستقل للأحكام، فإذا لم يجد الفقيه حكماً، للمسألة المطروحة أمامه، في الأدلة الشرعية وانتهى به المطاف إلى المصلحة ليجد فيها ضالته، فإنه يوازن بين منافع الفعل ومضاره ليقدر الأصلح بشأنه. أما إن كان هناك عرف بشأن مثل هذه المسألة، فهذا العرف بذاته يدل على أن تلك المسألة تحقق مصلحة للناس بدليل اعتيادهم عليها. ويستند المجتهد إلى هذا العرف في حكمه طالما تأكد من أنه عرف صحيح.

ويلاحظ أن الأحكام المبنية على العرف تتغير في الزمان والمكان، بسبب اختلاف العادات والبيئات في الأزمنة والأقطار المختلفة. لذلك فإن الحكم المبني على العرف لا تكون له صفة الدوام ولا قوة الحكم المستند

إلى القرآن الكريم أو السنة الشريفة أو الإجماع. فالحكم المستند إلى العرف يتغير بتغيره، والأحكام التي بناها الفقهاء على العرف السائد في زمانهم قد تصلح للفتوى بها في عصرنا الحاضر بسبب تجدد العرف.

الفصل الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
(المبادئ العامة والانصاف)

طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري تعتبر مبادئ القانون الطبيعي Principes du droit naturel وقواعد العدالة Régles de l'équite مصدراً احتياطياً يلجأ إليه القاضي في النهاية إذا لم يجد نصاً تشريعياً أو عرفياً أو لم يجد في مبادئ الشريعة الإسلامية حلاً للنزاع المعروض عليه.

ورغم خلو القانون اللبناني من نص مماثل[1] إلا أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعد بالضرورة المصدر الاحتياطي للقانون بعد التشريع والعرف.

يتمثل القانون الطبيعي في القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية، فهي المبادئ التي يهتدي بها المشرع أحياناً كمثل أعلى في صياغته للتشريع.

أما العدالة فهي مرادف للقانون الطبيعي من حيث تعبيرهما عن

(1) أشار المشرع اللبناني إليها في المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات. ويعبر عنها بعبارة «المبادئ العامة والانصاف». انظر ما سبق ص 96.

المبادئ التي تتفق مع العمل والعدل والأخلاق ويوحى بها الضمير الإنساني بهدف تحقيق المساواة.

وفي الحقيقة فإن مبادئ القانون الطبيعي والعدالة تعتبر فكرة غير محددة، ولا يعبر هذا المصدر عن قواعد محددة منضبطة بالمعنى الصحيح، ولكن المشرع أراد بهذا «أن يلزم القاضي في أن يجتهد برأيه في الحالات التي لا يجد لها حلاً في التشريع أو في العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، وهو في اجتهاده هذا لا يتأثر بأفكاره الذاتية ولا بما يراه هو محققاً للعدالة وإنما يجب أن يصدر في ذلك عن اعتبارات موضوعية عامة يستلهمها من القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو من قانون الدولة، أو من القانون بصفة عامة.

ولكن من الناحية العملية فإن هذا المصدر من مصادر القانون يندر الالتجاء إليه. لأن التجاء القاضي إلى ذلك يعني وجود نقص في النظام القانوني، إذ أن هذه القواعد ليست ضابطاً يقينياً، لذلك فإن الأمر قد يختلف بشأنها من قاض إلى آخر. لهذا فإن المشرع كثيراً ما يتدخل ليضع نصوصاً قانونية تنظم المسألة محل النقص.

فمثلاً كان القضاء المصري يحمي الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف) استناداً إلى قواعد العدالة. إذ كان يلزم من يعتدي على هذه الحقوق بأن يعوض أصحابها عن الأضرار التي تصيبهم بسبب هذا الاعتداء. وكان يقرر أيضاً مسئولية صاحب الحق (المالك مثلاً) إذا هو تعسف في استعمال حقه على نحو يسبب ضرراً للغير، إلا أن المشرع تدخل بعد ذلك وقنن حلول القضاء بنصوص تشريعية.

المبادئ العامة للقانون:

والواقع أن اجتهاد القاضي في البحث عن حل للنزاع لا يكون وليد مشاعر شخصية بل استناداً إلى أسس موضوعية تتمثل في المبادئ العامة للقانون. تلك المبادئ التي استقرت في ضمائر الناس وتعبر عن الإرادة

الجماعية في المجتمع. وتتسم تلك المبادئ بالعمومية، ومن ثم يمكن أن تشتق منها الكثير من القواعد وتجد لها العديد من التطبيقات.

وتقوم المبادئ العامة أما على أساس مجموعة النصوص القانونية مثل مبدأ المساواة في الأجر ومبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة، وأما أن تقوم على التراث الديني والاجتماعي والقانوني مثل مبدأ حرية الزواج ومبدأ حرية الحياة الخاصة ومبدأ حرية العقيدة. وقد تستند المبادئ العامة أخيراً، إلى أصول المنطق مثل قاعدة أن فاقد الشيء لا يعطيه ولا تكليف إلا بمقدور.

ومن أمثلة المبادئ التي يستند إليها القضاء في أحكامه. مبدأ الخطأ الشائع يولد الحق ومبدأ الغش يفسد التصرفات. يستقر قضاء محكمة النقض على أن التصرف الذي يبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية، ينفذ في مواجهة صاحب الحق متى كان قد أسهم بخطئه سلباً أو إيجاباً في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه، وأن تكون الشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المظهر للحقيقة[1]. وعلى ذلك يعتبر الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل فينفذ في حقه التصرف الذي يبرمه متى ثبت قيام مظهر خارجي خاطئ منسوب إلى الموكل وأن الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر وقد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأً أو تقصيراً في استطلاع الحقيقة[2].

وقضت محكمة النقض كذلك بأن قاعدة الغش يبطل التصرفات قاعدة سليمة ولو لم يجريها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال والانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والمجتمع[3].

---

(1) نقض (هيئة عامة) 1986/2/16 طعن 826 س 54 ق.

(2) نقض 1984/12/27 طعن 1771 س 51 ق.

(3) نقض 1979/5/21 س 30 جـ 2 ص 399.

الفصل الخامس

الفقه والقضاء

المبحث الأول
الفقه

أ ـ تعريف الفقه:

الفقه La doctrine هو مجموعة الآراء القانونية الصادرة من علماء القانون أي الفقهاء، بمناسبة شرح القانون وتفسيره. وتظهر تلك الاراء من خلال المولفات والأبحاث والفتاوى والتعليقات على الأحكام والمحاضرات. يتمثل دور الفقه في تحليل ونقد النصوص القانونية من خلال صياغتها وتطبيقها واستنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية.

وإذا كان القضاء هو المظهر العلمي للقانون فإن الفقه تعبير عن المظهر العلمي له، فالفقيه عالم في القانون وليست له، كقاعدة عامة، سلطة أو صفة رسمية في إنشاء قواعد قانونية أو إبداء آراء ملزمة. لا يعتبر الفقه في العصر الحديث مصدراً رسمياً من مصادر القانون فقوته هي قوة أدبية فقط، وتقتصر مهمته على شرح القانون وعرض أحكامه وإبداء الآراء التي تنير السبيل أمام كل من المشرع والقاضي.

ب ـ دور الفقه في القانون الروماني:

لعب الفقه دوراً هاماً في تكوين القانون الروماني وتطوره إلي قانون يحكم إمبراطورية واسعة. احتكر رجال الدين في البداية مهمة الفقه أي علم القانون، ثم ظهر الفقه الحر من غير رجال الدين ثم تبلور دور الفقه الروماني في العصر العلمي. وبلغت أهمية الفقه في نظر الدولة الرومانية أن اعترفت لبعض الفقهاء بحق إعطاء فتاوي ملزمة للقضاة، فأصبح الفقه بذلك مصدراً رسمياً للقانون.

وأشهر الفقهاد الرومان في ذلك العصر هم جايوس Jauis وبابينيان Papinien والبيان Ulpien وبول Paul ومودستان Modestin، فقد كانت لآراء هؤلاء الفقهاء قوة القانون. جاء الامبراطور جوستنيان ووضع مدونته في القرن السادس بعد الميلاد، وتسمى بالموسوعة حيث تستمد أحكامها من آراء الفقهاء الخمسة السابقين.

جـ ـ الفقه في الشريعة الإسلامية:

يحتل الفقه الإسلامي مكانة بارزة في الشريعة الإسلامية. يتمثل دور الفقه من خلال الاجتماع من جهة والاجتهاد من جهة أخرى.

أولاً: الإجماع: يعتبر الإجماع، إلى جانب القرآن الكريم والسنّة الشريفة مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية. فإذا أجمع الفقهاء المسلمون على حكم ما في عصر من العصور، قولاً أو فعلاً، وجب اتباعه والعمل به.

ويتحقق الإجماع باتفاق الفقهاء المجتهدين في عصر معين على حكم واحد. والإجماع يتم أما صراحة بالقول أو الفعل وأما بالسكوت حيث يبدي البعض رأياً ويسكت الباقون فترة كافية للبحث دون اعتراض. وإن كان من الصعب تحقق الإجماع في العصر الحديث، إلا أنه لعب دوراً هاماً في عصر الصحابة لقلة عددهم وصحبتهم للرسول وتقواهم. ومن أمثلة الأحكام التي

ثبتت بالإجماع عدم ميراث ابن الابن مع وجود الابن، وإعطاء الجدة السدس في الميراث، وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها.

ثانياً: الاجتهاد أو الرأي: بدأ الاجتهاد في عصر الصحابة بعد وفاة الرسول، حيث كان لهم شرف صحبة الرسول وحفظ القرآن الكريم والسنّة النبوية. باشر الصحابة الفتوى مجتمعين أولاً ثم تفرقوا بعد ذلك في الأمصار لنشر الدعوى واستنباط الأحكام من الأدلة الشرعية لمواجهة ما يطرأ للناس من وقائع وقضايا متغيرة بتغير الزمان واختلاف المكان.

وتواصل الاجتهاد والرأي بعد لك بين التابعين الذين وجدوا أنفسهم أمام مشاكل جديدة في البلاد المفتوحة وكان لا بد لهم من الفتوى للوصول إلى حلول المشاكل في القرآن والسنّة من خلال القياس والمصلحة. ويضم الفقه الإسلامي ثروة عظيمة من الأحكام التفصيلية المستنبطة من القرآن والسنّة. ويبرهن ذلك على مرونة ورحابة الشريعة الإسلامية وقدرتها على مواجهة احتياجات كل عصر إذا ما تم اتباع أصول الاجتهاد واستنباط الأحكام الشرعية، وقد كان لتعدد المذاهب الفقهية أثره الواضح على إثراء الفقه الإسلامي وإظهار مرونة وسماحة الشريعة الإسلامية حيث تباينت الأحكام في العبادات والمعاملات دون العقيدة. ولعل أشهر المذاهب هي المذهب الحنفي، المذهب المالكي، المذهب الشافعي، المذهب الحنبلي. وهناك مذاهب أخرى مثل الشيعة الإمامية والشيعة الزيدية ومذهب الإباضية.

د ـ دور الفقه في القانون المعاصر:

تختلف مكانة الفقه باختلاف النظم القانونية، فدور الفقه ضئيل في القانون الانجليزي لأنه قانون قضائي يقوم على السوابق القضائية ويرتكن إلى الحقائق الواقعية ومن ثم فإنه يتسم بالطابع العلمي ويبتعد عن النظريات الفقهية والتفكير المنطقي. ولم يظهر للفقه أثر ملموس في تكوين القانون الانجليزي الذي اقتصر على الجانب العملي أكثر من الجانب العلمي. واحتل

القضاء والقضاة المكانة الرئيسية في النظام القانوني الانجليزي، وتتمتع مؤلفات القضاة وآراؤهم بحجية حقيقية فيه.

أما القانون الأمريكي فقد تمتع الفقه فيه بمكانة بارزة حيث يلعب دوراً جوهرياً في إظهار بعض القواعد القانونية الهامة من جهة ويمارس تأثيراً كبيراً على القضاء في حالات كثيرة من جهة أخرى. ولعل من الأمثلة البارزة لدور الفقه ظهور الحق في احترام الحياة الخاصة حيث ترجع نشأته إلى مقالة نشرت في أواخر القرن الماضي فكان لها تأثيراً كبيراً على القضاء الذي انتهى إلى الاعتراف بهذا الحق.

وبالنسبة للقانون المصري والقانون اللبناني، لا يعتبر الفقه، كقاعدة عامة، مصدراً رسمياً للقانون، إلا أنه يلعب دوراً هاماً كما سنرى فيما يتعلق بشرح القانون واستنباط أحكامه، لذا فإن الفقه يعتبر مصدراً يسترشد به القضاء عند الفصل في المنازعات.

ولكن يلاحظ أن الفقه يعتبر المصدر الرسمي للقانون في مسائل الأحوال الشخصية التي لم يتم تقنينها بواسطة المشرع. يلتزم القاضي المصري بالفصل في منازعات الأحوال الشخصية بين المسلمين التي لم ينظمها المشرع (مسائل الأسرة) طبقاً لأرجح الأقوال في المذهب الحنفي، أي أن القضاء يطبق الشريعة الإسلامية كما يستنبطها الفقه الحنفي. ونفس الحكم إذا كان النزاع بين غير مسلمين يختلفان في الطائفة أو الملة أو الديانة. ويلتزم القاضي اللبناني بتطبيق القواعد الطائفية في المسائل التي تتعلق بنظام الأسرة. والمرجع في صياغة هذه القواعد هو فقه رجال الدين في كل طائفة.

ويلعب الفقه، بصفة عامة، دوراً هاماً في خدمة القانون والعدالة عن طريق الدراسات القانونية حيث:

1 ـ يقوم الفقه بشرح القوانين وبيان معناها والكشف عن أحكامها وشروط تطبيقها ويقوم الفقهاء بعملية تجميع القوانين وتقريبها لاستخلاص

الاتجاه العام للتشريع وتطوره، ويقوم الفقه أخيراً بانتقاد التشريع من النواحي الفنية والاجتماعية والمثالية، أي تقييم الصياغة الفنية للقواعد القانونية وبيان النتائج التي تترتب على تطبيقها في العلاقات الاجتماعية ومدى توافقها مع القيم الدينية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

2 ـ يقوم الفقه بتحليل أحكام القضاء ودراستها واستخلاص الاتجاه العام الذي تسير عليه المحاكم المختلفة وتطور أحكامها، ويقوم الفقه بتقييم أحكام القضاء لبيان مدى توفيقها في أعمال حكم القانون على الواقع.

3 ـ تلعب الدراسات القانونية الفقهية للتشريعات ولأحكام القضاء دوراً هاماً بالنسبة للقضاة، إذ يغلب أن يسترشد القاضي بآراء الفقهاء في استخلاص الأحكام وتفسير القواعد القانونية وتقصي مفهومها، بمعنى أن القاضي يسترشد بالفقه في أغلب الأحوال العملية لمعرفة حكم القانون بصدد المنازعات المعروضة أمامه وبصفة خاصة في حالات وجود نقص أو عيب في القانون ولكن ينبغي ملاحظة أن استعانة القضاء بالفقه يكون على سبيل الاستئناس دون الإلزام بمعنى أن القاضي يستأنس بالفقه كمصدر تفسيري للقانون، إلا أنه لا يلتزم أبداً باتباع آراء الفقهاء.

4 ـ تلعب الدراسات القانونية الفقهية دوراً هاماً على الصعيد التشريعي، وذلك من خلال بيان عيوب التشريع وأوجه النقص فيه والدعوة إلى تعديله. يساعد الفقه المشرع في القيام بدوره التشريعي حيث يمده بالمبادئ العامة التي يستطيع أن يستخلص منها قواعد تفصيلية، ويقدم له دراسة القانون المقارن وأحكام القوانين الأجنبية عله يأخذ بالمناسب منها والاستفادة من تجاربها.

المبحث الثاني
القضاء

تعريف القضاء:

يطلق لفظ القضاء Jurisprudence على عدة معانٍ:

1 ـ مجموعة المحاكم الموجودة في بلد من البلاد، وهذا ما يطلق عليه السلطة القضائية، وهي التي تقوم بتطبيق القانون على ما يعرض عليها من منازعات.

2 ـ مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم في المنازعات المعروضة عليها أو في نوع معين من هذه المنازعات. فيقال مثلاً القضاء الجنائي أو القضاء المدني أو قضاء المحاكم في المسائل العمالية أو في موضوع المسئولية.

3 ـ استقرار المحاكم واطرادها على اتجاه معين في مسألة من المسائل، أي مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام القضاء على العمل بها في موضوع أو موضوعات معينة. ويحدث ذلك في المسائل التي يكون حكم القانون فيها محل خلاف، فتصدر بشأنها أحكام متضاربة ثم تتجه نحو التوحيد والاستقرار على مبدأ أو قاعدة معينة، أي إننا نكون بصدد أحكام ترسي مبادئ قانونية Décisions de principe فهل يعتبر القضاء مصدراً من مصادر القانون بالنسبة لتلك المبادئ أو القواعد القضائية؟

نعرض للمسألة في القانون المقارن قبل بيان حكمها في القانونين المصري واللبناني.

المطلب الأول
القضاء في القانون المقارن

أ ـ القضاء في القانون الروماني:

قام الحاكم القضائي (البريتور Praetor)في روما بدور هام في تطوير القانون الروماني، حيث أدى نشاطه إلى إنشاء مجموعة من القواعد سميت بالقانون البريتوري جاء ليكمل أحكام القانون المدني الروماني.

لم يكن البريتور يفصل في النزاع بنفسه، بل يقتصر دوره على سماع المتخاصمين ومساعدتهما في اختيار الحكم الذي يفصل في النزاع. ويحيل البريتور الخصوم إلى الحكم بواسطة صيغة مكتوبة يثبت فيها ادعاءاتهم يبين فيها سلطة القاضي في الحكم. وكانت للبريتور سلطة إدارية تخوله إصدار أوامر ونواه للمتنازعين بقصد الوصول إلى حماية مراكز لا يحميها القانون المدني، هذا بالإضافة إلى سلطته القضائية فيخلق وسائل جديدة للحماية لم يكن يعرفها القانون المدني. وهكذا توصل الحاكم القضائي عن طريق سلطتيه القضائية والإدارية إلى خلق مجموعة من القواعد القانونية التي تكمل النقص في القانون المدني وتخفف من جموده.

كان البريتور ينشر على الناس، في أول ولايته، منشوراً يبين فيه الوسائل التي سيمنحها للأفراد عند التجائهم إليه. تم تجميع هذه المنشورات بواسطة الفقيه جوليان في أواخر القرن الثاني للميلاد. وأقر مجلس الشيوخ هذا التجميع ليصبح القانون البريتوري الملزم لكل حاكم قضائي واستقر كمصدر من مصادر القانون الروماني. ولا يجوز تعديله إلا بواسطة الامبراطور وحده.

ب ـ القضاء في الإسلام:

تولى فقهاء المسلمين مهمة القضاء في البلاد الإسلامية، حيث كان يعهد بهذه المهمة، في الغالب، إلى أهل الرأي والفتيا. وقد تم ذلك في عهد

الصحابة والتابعين وتابعي التابعين. ولعل من أشهر الأمثلة على ذلك هو الإمام أبو يوسف أحد صاحبي الإمام أبي حنيفة.

والقاضي، بوصفه فقهياً كان يجتهد بنفسه للوصول إلى الحل المناسب للنزاع المعروض عليه، وهو يستند في ذلك إلى الأدلة الشرعية أي الرجوع إلى القرآن والسنّة والقياس والإجماع والمصلحة إلى غير ذلك. وكان القضاة يأخذون كقاعدة عامة بآراء كبار الفقهاء ويقضون بها فيما يعرض عليهم من أقضية الناس، غير أن بعضهم كان يجتهد بنفسه فيما يستجد أمامه من أمور.

أدى اتساع الدولة الإسلامية إلى تعدد المذاهب وتشعب الآراء وتفرق المجتهدين واختلاف الأحكام في الأقضية المتشابهة، مما دفع بعض الخلفاء إلى محاولة تعيين الرأي الذي يعمل به ولكن الفقه، ومنهم الإمام مالك، رفض ذلك وكان من رأيه أن اختلاف الآراء مرجعه تباين الظروف وليس من المصلحة فرض رأي واحد على جميع البلاد. وهكذا يتمتع القاضي في الإسلام بدور كبير في الاجتهاد، خارج دائرة الأحكام القطعية، للبحث عن الحل الشرعي للمسألة المعروضة عليه.

جـ - القضاء في النظام الانجلوسكسوني:

يعتبر القضاء المصدر الرسمي للقانون في البلاد الانجلوسكسونية وعلى رأسها انجلترا. نشأ القانون الانجليزي عن طريق الأعراف والعادات، حيث كانت المحاكم تطبقها أن وجدت وإلا تنشئ الحل القانوني للنزاع المعروض عليها. وحظيت الأحكام باحترام كبير وكان كل حكم جديد يشكل سابقة قضائية Precedent ينبغي السير على منوالها في القضايا المماثلة.

يتكون النظام القضائي في انجلترا من عدة درجات، تبدأ بمحاكم المقاطعات Country Courts وهي المحاكم الدنيا في البلاد، وتعلوها المحاكم الابتدائية وتشمل محكمة العدل العليا High Court of Justice

ومحكمة التاج Grown Court، وتعلوها محكمة الاستئنافCourt of doppel التي تختص بالفصل في الطعون المرفوعة إليها من المحاكم السابقة، وتأتي بعد ذلك محكمة مجلس اللوردات House of Lords وهي المحكمة العليا في البلاد وتختص بالفصل في الطعون التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف ويكون حكمها نهائياً.

والقاعدة أن المحكمة التي تصدر حكماً تلتزم باتباعه في القضايا المماثلة التي تعرض عليها فيما بعد، ويلزم هذا الحكم المحاكم الأخرى الأدنى منها في الدرجة تعد أحكام المحكمة العليا سوابق قضائية ملزمة لكل المحاكم وتلتزم بتطبيقها في القضايا المماثلة. وتعد أحكام محكمة الاستئناف والمحاكم الابتدائية سوابق ملزمة للمحكمة ذاتها ولغيرها من المحاكم الأدنى درجة. أما أحكام محاكم المقاطعات فلا تعد سوابق قضائية ملزمة ويجوز الاسترشاد بها وللقاضي أن يخالفها إذا وجد أسباباً قوية لك.

يتضح من ذلك أن القاضي الانجليزي يلتزم بالبحث عن السوابق القضائية أي عن الأحكام الصادرة في الدعاوى المماثلة للنزاع المعروض عليه ليستخلص منها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق. فالقانون العام الانجليزي Common Law يقوم أساساً على السوابق القضائية، لذا يسمى بالقانون القضائي Judicial Legislation أو Case Law لأنه تكون تكويناً قضائياً وينبغي لمعرفة أحكامه الرجوع إلى القضاء واستخلاصه منه. ويحتل التشريع مكانة ثانوية إلى جانب السوابق القضائية.

د ـ القضاء في النظام اللاتيني:

يقتصر دور القضاء في النظام اللاتيني على تطبيق القانون لا خلقه، وتختص السلطة التشريعية بانشاء القانون. ولا يكون القضاء مصدراً رسمياً للقانون. يتكون القانون، في البلاد ذات النظام اللاتيني، بصفة أساسية من التشريع لذا سميت هذه البلاد ببلاد القانون المكتوب، ومنها فرنسا ولبنان

ومصر. وليس لقضاء المحاكم في هذه البلاد قوة السوابق القضائية المعروفة في النظام الانجلوسكسوني.

والواقع أن هناك عدة عقبات قانونية تحول دون اعتبار القضاء مصدراً للقانون في هذه البلاد تتمثل في:

1 ـ تحظر بعض التشريعات مثل القانون المدني الفرنسي والقانون اللبناني، على المحاكم إصدار أحكام عامة لها صفة تنظيمية لائحية أي لا يجوز لها وضع قواعد لتطبق في القضايا المماثلة مستقبلاً. فالحكم القضائي لا يضع أي قاعدة عامة ويقتصر على الفصل في نزاع معين ولا يؤثر في حقوق غير المتخاصمين أو في الفصل في أي نزاع مستقبل ويمتنع على المحكمة إصدار ما يسمى بالحكم الجماعي الذي يفصل جملة واحدة في عدة قضايا مشابهة معروضة في انٍ واحد أمام نفس القاضي، بل ينبغي الفصل في كل قضية على حدة.

2 ـ يشكل مبدأ الحجية النسبية للأمر المقضى عقبة أمام نشوء قواعد عامة من أحكام المحاكم، فمن المقرر أن الحكم الصادر في نزاع معين لا تكون له حجية إلا في مواجهة الخصوم، ولا تقتصر نسبية الحجية على الأطراف بل تشمل كل من الواقع والقانون. فالحكم لا يلزم إلا بصدد النزاع الصادر بشأنه ولا يلزم القاضي نفسه، فلو عرضت قضية مماثلة مستقبلاً يجوز للمحكمة أن تصدر فيها حكماً مخالفاً لما سبق أن قررته وليس لأطراف النزاع الجديد المطالبة بتطبيق الحل السابق على قضيتهم، ولا تلتزم أي محكمة بالقضاء الصادر من محكمة أخرى مماثلة لها أو أعلى منها في المرتبة.

3 ـ إن مبدأ الفصل بين السلطات يمنع السلطة القضائية من سن القوانين وإلا كانت معتدية على اختصاص السلطة التشريعية، ذلك أن مهمة سن القوانين خولها الدستور لتلك السلطة، وتقتصر وظيفة القضاء على تطبيق هذه القوانين.

المطلب الثاني

القضاء في القانون المصري والقانون اللبناني

رأينا أن كل من مصر ولبنان ينتميان، من الناحية القانونية، إلى النظام اللاتيني الذي لا يعترف بالقضاء كمصدر رسمي للقانون.

رفض المشرع المصري الأخذ بالصياغة التي وردت في القانون السويسري والتي تقرر أنه إذا لم يجد القاضي حلاً للنزاع في التشريع أو العرف فإنه يحكم بمقتضى القواعد التي كان سيضعها هو لو أنه باشر عمل المشرع. فهذه الصياغة تخول القضاء حق إنشاء الأحكام القانونية. بل أن المادة الأولى من القانون المدني المصري حددت المصادر الرسمية للقانون وهي بالترتيب: التشريع والعرف والشريعة الإسلامية والقانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولم يذكر القضاء من بين هذه المصادر، ويؤكد ذلك بأن القضاء ليس مصدراً رسمياً للقانون.

وقد رأينا أن القانون اللبناني يحظر، مثل القانون الفرنسي، على المحاكم إصدار أحكام في صورة أنظمة أي لا يجوز لها وضع قواعد ملزمة بالنسبة للقضايا المماثلة مستقبلاً.

يتضح من ذلك أنه من الناحية النظرية أن دور القاضي قاصر على تطبيق القانون لا خلقه، أما من الناحية العملية الواقعية فإن القضاء يعد مصدراً من مصادر القانون حيث يكشف الواقع عن وجود الكثير من القواعد القضائية، وهناك العديد من العوامل التي تؤدي إلى ذلك نعرض لها فيما يلي:

أ ـ وجود النقص في التشريع، فمن المسلم به أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً، فهو عمل إنساني لذا لا بد وأن يشوبه النقص، ولا يستطيع المشرع أن يضع القواعد التي تحكم كل المنازعات في الحياة، بل غالباً ما يصدر القانون في عبارات عامة لمواجهة الحالات العادية إذ يعجز الإنسان عن وضع القواعد التي تحكم كل المنازعات غير المتناهية التي تقع أو ستقع في كل الأوقات.

ويجب على القاضي أن يحكم بالعدل في كل نزاع يعرض أمامه، ولا يستطيع أن يرفض الحكم بحجة وجود نقص أو غموض في التشريع وإلا تعرض للاتهام بارتكاب جريمة إنكار العدالة[1]. وينبغي على القاضي أن يبحث عن حل النزاع في التشريع أو في غيره من المصادر التي بينها له المشرع، ومن بينها القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وهذا هو جوهر القانون الذي يستلهمه القاضي في وضع الحلول الخاصة للمنازعات التي لا يجد لها حكماً في القواعد الوضعية الموجودة في لتشريع أو العرف أو الشريعة الإسلامية فالقاضي ينشئ بنفسه الحل العادل للنزاع المعروض أمامه.

ب ـ اطراد أحكام المحاكم وتكرارها في القضايا المتشابهة، لا شك أنه من الناحية النظرية أن القاضي غير ملزم قانوناً بأن يطبق نفس الحلول التي سبق وقررها أو قررتها المحاكم الأخرى في حالات مماثلة، إلا أنه من الناحية العملية والواقعية يندر أن يخرج القاضي عن القواعد التي سبق أن وضعها، بل أنه يتجه غالباً للأخذ بنفس الحلول التي سبق أن قضي بها أو الحلول الصادرة من قضاة آخرين في الحالات المشابهة. فالتوحيد والتناسق بين أحكام المحاكم في الموضوعات المماثلة أمر حيوي لقيام الثقة في السلطة القضائية وتحقيق الاستقرار في المجتمع والعدالة والمساواة بين المواطنين. ويؤدي تضارب واختلاف الأحكام في الوقائع المتشابهة إلى زعزعة الثقة والاستقرار في القضاء والمجتمع.

ويساعد على وحدة الحلول في المسائل المماثلة الميل التلقائي لدى القاضي في الاستمرار فيما سبق وقرره من قواعد وتقليد غيره فيما أرساه

---

(1) طبقاً للمادة 22 من قانون العقوبات المصري فإن القاضي الذي يمتنع عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تقل عن مائتي جنيه، ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاضي توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبنية في قانون المرافعات ولو أحتج بعدم نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر.

من مبادئ كما أن التدرج بين المحاكم يجعل المحكمة الأدنى تحرص على تطبيق الحلول التي أخذت بها الجهة الأعلى، وهنا تظهر أهمية طرق الطعن على الأحكام وخاصة دور محكمة النقض (التمييز) في توحيد اتجاهات القضاء بصدد الموضوعات المماثلة[1].

والواقع أن تسبيب الأحكام القضائية يلعب دوراً هاماً في استخلاص المبادئ القانونية التي تتضمنها أحكام القضاء، فأسباب الحكم تبرز المبدأ وتبين حدوده وأساسه مما يتيح الفرصة أمام المحاكم الأخرى للاقتناع بالمبدأ والسير عليه. والمراد بالتسبيب هو تحديد الأسانيد والحجج التي يبنى عليها الحكم فيما انتهى إليه سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون. والأسباب التي تسهم في وجود القاعدة القضائية هي الأسباب القانونية التي يستند عليها الحكم.

والجدير بالذكر أن الحكم الذي يصدره القاضي أما أن يكون من أحكام الواقع أو الحالات الفردية التي يتم أعمال حكم القانون فيها دون أن يكون للقاضي دوراً إنشائياً فيها، وأما أن تكون أحكاماً ذات مبادئ عامة. يقتصر حكم الواقع الذي يواجه حالة فردية على النزاع الصادر بشأنه، ولا يمتد أثره على غيره من المنازعات أو المحاكم. أما الحكم الذي يضع مبدأ قانونياً فإنه يسهم في إنشاء القواعد القانونية العامة إذا أخذت به محاكم أخرى في المنازعات المشابهة، حيث نصبح في هذه الحالة أمام قضاء Jurisprudence وليس مجرد حكم فردي Jugement. فالحكم الفردي يصبح قضاء إذا سارت عليه المحاكم الأخرى ويعد كذلك أيضاً إذا كان صادراً من المحكمة العليا كمحكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا.

جـ - دور محكمة النقض أو التمييز في إرساء القواعد القضائية: رأينا أن توحيد أحكام المحاكم واستقرارها على مبدأ معين في مسألة من المسائل

(1) تمييز 87 في 1971/7/6 العدل ص 632.

يؤدي إلى خلق قاعدة قضائية ويعد القضاء بذلك مصدراً من مصادر القانون.

تلعب محكمة النقض في مصر (ومحكمة التمييز في لبنان) دوراً هاماً في توجيه المحاكم نحو الثبات والاستقرار، وهي تختص بمراقبة صحة تطبيق القانون أي التحقق من سلامة أعمال حكم القانون على الوقائع الثابتة في حكم المحكمة الاستئنافية، وليس من وظيفتها إعادة النظر في هذه الوقائع لأنها محكمة قانون لا محكمة واقع.

تقوم محكمة النقض (التمييز) بدور هام في إرساء واستخلاص القواعد القضائية من خلال توحيد القضاء واستقراره على مبادئ معينة [1]. تختلف المحاكم أحياناً في تطبيق القانون وتتباين الأحكام بصدد أمر معين فيعرض النزاع على محكمة النقض لتقول كلمتها بشأنه، وقد يتم الطعن على حكم معين فتؤيده محكمة النقض أو تنقضه، وغالباً ما ترسي في كل هذه الأحوال مبادئ معينة، تقوم المحاكم عادة بالسير على هذه المبادئ نظراً للمكانة الأدبية لمحكمة النقض من جهة وخشية تعرض الحكم المخالف للنقض من جهة أخرى[2]، ويتوحد بذلك اتجاه القضاء أمام المسائل المتشابهة. وتبدأ القاعدة القضائية في الاستقرار بمجرد إقرارها من محكمة

---

(1) تمييز 31 في 1966/10/21 اجتهادات حاتم جـ 68 ص 50.

(2) ذلك أن الحكم المطعون فيه أما أن تؤيده محكمة النقض وترفض الطعن، وأما أن تنقضه وتعيد القضية إلى نفس المحكمة التي فصلت فيها لتحكم فيها من جديد بشرط أن تنظرها دائرة أخرى، وتلتزم برأي محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها (م 269 مرافعات). أما في لبنان، فالأصل أن محكمة التمييز تتصدى مباشرة، عند نقض الحكم، للفصل في أساس النزاع (م 81 من قانون التنظيم القضائي الصادر في 16 تشرين الأول سنة 1961). والمحكمة التي يعاد إليها الحكم المنقوض هي وحدها التي تلتزم باتابع رأي محكمة النقض في ذات الدعوى فقط، ويجوز لأي محكمة أخرى مخالفة رأي محكمة النقض في الدعاوي الأخرى التي ترفع إليها. ولكن ذلك أمر مقرر من الناحية النظرية فقط، ويندر الخروج على المبادئ المستقرة محكمة النقض.

النقض، وتقرر بأن الحكم المطعون فيه إذا قام على ما يخالف الرأي الذي استقر عليه قضاء النقض فإنه يتعين نقضه لأنه يكون قد خالف القانون.

ويجوز لمحكمة النقض العدول عن مبدأ قانوني سبق لها أن أقرته حتى تتمكن من تطويع أحكامها لظروف المجتمع المتغيرة ومستحدثات الفكر القانوني، إلا أنه أمام خطورة هذا العدول فإنه لا بد وأن يصدر من الهيئة المختصة بالمحكمة بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل إذا تعلق الأمر بعدول إحدى الدوائر عن مبدأ قانوني قررته في أحكام سابقة، أما إذا كنا بصدد عدول عن مبدأ سابق صادر عن دوائر أخرى تعين موافقة الهيئتين مجتمعتين بأغلبية إحدى عشر عضواً[1].

والواقع أن قضاء النقض هو الأساس وراء خلق القواعد القضائية، وتكتسب هذه الوقاعد قوتها الملزمة من وجود هذه المحكمة على رأس السلطة القضائية ومن ثم فإن القواعد القضائية تسير عليها المحاكم ويلتزم بها الناس في حياتهم وتحظى باحترام وتقدير رجال القانون. فمتى استقر قضاء النقض على مبدأ معين، فإن المسألة تعتبر قد حسمت من الناحية القانونية ويندر منازعة الخصوم فيها مستقبلاً. ومن أهم عناصر تدعيم حجية القواعد القضائية نشرها في مجموعات قضائية منتظمة ليتحقق العلم بها واتباعها.

وإنشاء القواعد القضائية لا يتأتى فقط من إكمال النقض التشريعي، بل أن القضاء يقوم بخلق هذه القواعد بمناسبة تفسير القانون كخطوة أولية لتطبيقه. فمحكمة النقض تقوم بتوحيد تفسير المحاكم للقانون ولا يتحقق ذلك إلا باعتبار التفسير جزءاً لا يتجزأ من النص وله نفس قوته الملزمة

---

(1) تتكون محكمة النقض من ثلاث دوائر: الدائرة الجنائية، الدائرة المدنية والتجارية، دائرة الأحوال الشخصية، وتصدر الأحكام في كل دائرة من خمسة مستشارين. وتشكل الجمعية العمومية محكمة النقض هيئتين كل منهما من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه إحداهما للمواد الجنائية والثانية للمواد الأخرى.

والعمومية التي تتميز بها القاعدة التشريعية. فإذا أرست محكمة النقض قاعدة قضائية بمناسبة تفسير نص معين فإن هذه القاعدة تندمج بالنص محل التفسير وتكون لهما صفة العمومية ونفس القوة الملزمة. ويقتضي أداء محكمة النقض لدورها في توحيد تفسير القانون منحها السلطة القانونية لفرض التفسير الذي تتوصل إليه.

د - دور القضاء في إنشاء النصوص التشريعية: تتسم القواعد والمبادئ التي يضعها القضاء بالواقعية لأنها وليدة الواقع وقريبة من الحياة العملية، لذا فهي تتصف بالمرونة لأنها نابعة من ظروف الحياة الفعلية وتتلائم معها وتستجيب لمقتضياتها. لذلك فإن المشرع كثيراً ما يتدخل لصياغة ما استقر عليه القضاء في نصوص تشريعية، بل أنه كثيراً ما يأخذ بالتوصيات التي تصدرها محكمة النقض في أحكامها وتدعو المشرع فيها للتدخل وتعديل نص قائم أو تكملة فراغ تشريعي معين. وينبغي على المشرع، عند سنه للتشريع، مراعاة ما يسير عليه القضاء حتى يضمن للقانون الصادر النجاح والفعالية.

الباب الثالث
تطبيق القانون

يقوم القضاء بتطبيق القانون، وهو في هذا التطبيق يقوم بتفسيره مستعيناً بعدة ضوابط، وللقانون نطاق سريان معين سواء من حيث الزمان أو من حيث المكان. لذا نعرض على التوالي لتلك المسائل في الفصول التالية:

الفصل الأول: السلطة القضائية.

الفصل الثاني: تفسير القانون.

الفصل الثالث: تطبيق القانون من حيث المكان.

الفصل الرابع: تطبيق القانون من حيث الزمان.



الفصل الأول

السلطة القضائية

القضاء يعتبر أحد سلطات الدولة الثلاث، وهو الذي يقوم على تطبيق القانون. ويؤكد الدستور استقلال القضاء ويحرص على توفير الضمانات له حتى يعمل في جو من الثقة والحرية.

المبحث الأول

جهاز القضاء في مصر

ينقسم القضاء إلى جهتين: جهة القضاء العادي وهي ذات الولاية العامة التي تختص بالفصل في جميع المنازعات إلا ما يستبعد صراحة من اختصاصها بنص صريح.

وهناك جهة القضاء الإداري (مجلس الدولة) وتختص بنظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وذلك كمنازعات الجنسية والقرارات الإدارية والعقود الإدارية.

أولاً: القضاء العادي.

وتضم القضاء المدني، والقضاء الجنائي وعلى رأسهما محكمة النقض.

(أ) القضاء المدني:

ويختص بالفصل في المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ويضم ثلاثة أنواع من المحاكم: فهناك المحاكم الجزئية وتوجد في عاصمة كل مركز أو قسم وهي في أسفل السلم القضائي إذ تختص بالمنازعات الصغيرة التي لا تجاوز قيمتها حداً معيناً[1].

وهناك المحاكم الابتدائية وتوجد في عواصم المحافظات وتختص بالمنازعات التي تزيد قيمتها عن النصاب السابق. وتليها محاكم الاستئناف وتوجد في القاهرة والإسكندرية وأسيوط والمنصورة وطنطا وبني سويف، وتختص بالنظر في الطعون المرفوعة ضد أحكام المحاكم الابتدائية.

(ب) القضاء الجنائي:

ويختص بنظر الأفعال محل التجريم وتطبيق العقوبات المقررة بشأنها.

وينقسم إلى محاكم الجنح وتختص بالنظر في المخالفات والجنح، ومحاكم الجنح المستأنفة ومقرها عواصم المحافظات وتختص بالنظر في الطعون المرفوعة أمامها ضد أحكام محاكم الجنح، ومحاكم الجنايات وتوجد في نفس المدن التي بها محاكم استئناف وتختص بالنظر في الجنايات وبعض الجنح.

(جـ) محكمة النقض:

وتعتبر قمة القضاء العادي، وهي محكمة وحيدة وتنظر كافة المسائل المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأحوال الشخصية.

«ومهمة هذه المحكمة هي السهر على توحيد فهم القانون وتوحيد الاتجاهات القضائية في شأنه فضلاً عن أنها تراقب سلامة وحسن تطبيقه وهي تمارس تلك المهام بنسبة ما يرفع إليها من طعون في الأحكام الصادرة

---

(1) وهو 5000 جنيه (4225 المعدلة بالقانون 23 لعام 1992).

أساساً من محاكم الاستئناف بسبب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله، أو إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم».

ثانياً: القضاء الإداري:

ويتمثل في مجلس الدولة حيث يختص بالمنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وينقسم إلى قسمين: قسم الفتوى ويقوم بإبداء الرأي في المشاكل القانونية التي تعرضها عليه الجهات الإدارية ويقوم كذلك بإعداد مشروعات القوانين واللوائح التي تحال إليه.

وهناك القسم القضائي ويفصل في المنازعات الإدارية، وينقسم إلى عدة درجات من المحاكم، المحاكم الإدارية، ومحكمة القضاء الإداري، والمحكمة الإدارية العليا التي تأتي على قمة القضاء الإداري.

ثالثاً: المحكمة الدستورية العليا:

وتقوم على رأس الجهاز القضائي. وتختص وحدها بنظر دستورية القوانين وذلك في حالة الادعاء أمام إحدى المحاكم بأن القانون المراد تطبيقه مخالف للدستور كما رأينا من قبل. وتقوم بتفسير النصوص التشريعية التي يختلف على مضمونها وذلك حرصاً على وحدة التطبيق أمام المحاكم كما سنرى.

وتختص المحكمة بالفصل في حالات التنازع على الاختصاص بين جهات القضاء سواء كان التنازع إيجابياً أو سلبياً. فقد ترفع الدعوى أمام جهتين قضائيتين (قضاء عادي وقضاء إداري مثلاً) وتدعي كل جهة الاختصاص (تنازع إيجابي) أو عدم الاختصاص (تنازع سلبي) بنظر الدعوى. هنا تعين المحكمة الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي.

وتختص المحكمة كذلك بالفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين

نهائيين متناقضين، صادر أحدهما عن أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى، كما لو صدر حكم نهائي من القضاء الإداري مناقضاء لحكم آخر نهائي من القضاء العادي ويستحيل بالتالي تنفيذ الحكمين.

المبحث الثاني
جهاز القضاء في لبنان

توجد في لبنان ثلاث جهات قضائية:

1 ـ القضاء العادي أو العدلي الذي يفصل في المنازعات المدنية أو التجارية والجزائية بين جميع اللبنانيين.

2 ـ القضاء الطائفي ويضم محاكم متعددة بتعدد الطوائف الدينية التي يعترف بها القانون. وتختص كل محكمة بالفصل في منازعات الأحوال الشخصية السابق عرضها بين أبناء الطائفة التي تتبعها.

3 ـ جهة القضاء الإداري وتختص بالفصل في المنازعات الإدارية.

4 ـ المجلس الدستوري لمراقبة دستورية القوانين[1].

أولاً: القضاء العادي (العدلي):

يعتبر القضاء العادي صاحب الولاية العامة بنظر كافة المسائل والمنازعات فيما عدا المنازعات الإدارية وما يستثنى بنص خاص. ويتكون القضاء العادي من محاكم الدرجة الأولى تليها محاكم الاستئناف وتأتي محكمة التمييز على رأس هذه المحاكم.

(أ) محاكم الدرجة الأولى:

وتنقسم إلى نوعين من المحاكم:

1 ـ القاضي المنفرد، وينظر المنازعات قليلة الأهمية التي لا تجاوز نصاباً معيناً يحدده القانون، أو بعض القضايا المحددة بنوعها يعينها القانون.

---

(1) أنظر ما سبق ص 138.

هذا فيما يتعلق بالمسائل المدنية والتجارية، أما في المسائل الجزائية فيختص، كقاعدة عامة بالنظر في الجنح والمخالفات.

2 ـ الغرف الابتدائية، وتنظر ابتداء المنازعات المدنية والتجارية كبيرة الأهمية التي تجاوز النصاب المحدد قانوناً، بالإضافة إلى بعض المنازعات المحددة بنوعها لا بقيمتها[1].

(ب) محاكم الاستئناف:

1 ـ محاكم درجة أولى (محاكم الجنايات)، وتنظر ابتداء في قضايا الجنايات، وتنظر أيضاً بعض الجنح الهامة التي ينص عليها المشرع.

2 ـ محاكم درجة ثانية، وتنظر في الطعون المقدمة في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى الأدنى منها في الدرجة، وذلك بالنسبة للمنازعات التي تمثل أهمية معينة يحددها القانون.

(جـ) محكمة التمييز:

وهي المحكمة العليا وتعمل على سلامة تطبيق المحاكم للقانون، وتختلف عن محكمة النقض المصرية في أن محكمة التمييز تتصدى كقاعدة عامة، مباشرة، عند نقض الحكم، للفصل في أساس النزاع.

ثانياً: القضاء الطائفي:

وينقسم إلى عدة محاكم تختلف باختلاف الطوائف الدينية المعترف بها في الدولة. وتعتبر المحاكم الطائفية محاكم استثنائية يقتصر اختصاصها على المسائل التي تحددها لها النصوص التشريعية، وهي كقاعدة عامة مسائل الأحوال الشخصية السابق تحديدها، وتقتصر ولايتها على المنتمين إليها

---

(1) وهناك أيضاً المحاكم المدنية الاستثنائية أو الخاصة مثل: مجلس العمل التحكيمي، والقاضي العقاري. وهناك أيضاً المحاكم واللجان أو الهيئات الخاصة ذات الصفة القضائية مثل لجان الاستملاك ومجلس إدارة صندوق التعويضات.

بعقيدتهم الدينية فحسب. وهناك محاكم خاصة بالمسلمين وأخرى خاصة بغير المسلمين:

(أ) بالنسبة للمسلمين توجد المحاكم الشرعية، وتضم ثلاثة أنواع:

1 ـ محاكم سنيّة خاصة بطائفة السنّة.

2 ـ محاكم جعفرية خاصة بطائفة الشيعة.

3 ـ محاكم مذهبية درزية خاصة بطائفة الدروز.

(ب) بالنسبة لغير المسلمين توجد محاكم روحية متعددة بتعدد الطوائف الدينية المعترف بها، ويقتصر اختصاص كل محكمة بنظر المنازعات المحددة بنصوص تشريعية بين المنتمين إلى الطائفة بعقيدتهم الدينية فقط[1]. وتتسم هذه المحاكم بالطابع غير الحكومي.

ثالثاً: القضاء الإداري:

يضم القضاء الإداري كل من: مجلس شورى الدولة، المحكمة الإدارية الخاصة.

(أ) المحكمة الإدارية الخاصة: وتختص بالنظر في منازعات إدارية محددة وتتمثل في: طلبات التعويض عن أضرار وقعت بسبب أشغال عامة، القضايا الإدارية المتعلقة بعقود أو مشتريات أو التزامات أجرتها الإدارات العامة لتأمين سير المصالح العامة، القضايا المتعلقة بأشغال الأملاك العامة[2].

(ب) مجلس شورى الدولة: وهو المحكمة الإدارية صحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية، ويعد كذلك المرجع الاستئنافي أو التمييزي في

---

(1) تمييز رقم 70/5 في 1970/2/26 ن.ق ص 1075.

(2) المرسوم الاشتراعي رقم 3 الصادر في 1954/11/30.

القضايا الإدارية التي حدد لها القانون محكمة خاصة[1].

ثم صدر قانون تم نفاذه بالمرسوم رقم 10434 الصادر في 14 حزيران 1975 بشأن تنظيم مجلس شورى الدولة تم بمقتضاه إلغاء المحكمة الإدارية الخاصة وورث اختصاصها مجلس شورى الدولة وأصبح هو القاضي العام بالنظر في جميع المنازعات الإدارية، هذا فضلاً عن وظيفتي الإفتاء وإعداد التشريع ثم أجريت عدة تعديلات تشريعية على المرسوم السابق بالمرسوم الاشتراعي رقم 44 بتاريخ 1983/6/24 ثم بالمرسوم الاشتراعي رقم 111 في 1983/9/16 وأخيراً صدر القانون رقم 259 في 1993/10/14 معدلاً لبعض أحكام المرسوم رقم 10434 لسنة 1975.

رابعاً: حل التنازع بين جهات القضاء المتعددة:

يؤدي تعدد وجهات القضاء إلى قيام التنازع بينها على الاختصاص سواء كان تنازعاً إيجابياً أو سلبياً، لذلك حرص المشرع اللبناني على مواجهة هذا التنازع.

- تختص محكمة التمييز (هيئة عامة) بالفصل في أحوال التنازع بين جهة القضاء العادي وبين جهة القضاء الطائفي، وفي أحوال تنازع المحاكم الطائفية فيما بينها[2].

- تختص محكمة حل الخلافات بالفصل في التنازع الإيجابي والسلبي بين جهة القضاء العادي (العدلي) وجهة القضاء الإداري وفي تناقص حكمين أحدهما عن محكمة عدلية والثاني عن محكمة إدارية، وتختص كذلك بالنظر في التناقض الناتج عن تباين الاجتهاد بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية، إلا أن قرارها في هذا الصدد لا يمكن أن يفيد المتخاصمين أو يسيء إليهم.

---

(1) المرسوم الاشتراعي الصادر في 1953/1/9 والمرسوم رقم 129 لعام 1959.

(2) م 95 من قانون أصول المحاكمات المدنية - تمييز 1970/1/15 ن.ق 26 - 171.

وهي محكمة خاصة يرأسها بالتناوب دورياً لمدة سنة الرئيس الأول لمحكمة التمييز ورئيس مجلس شورى الدولة، وتتألف من أعضاء متساوين من مستشاري المحكمتين[1].

(1) م 137: 141 من مرسوم عام 1975. تمييز 13 آذار 1959 ن.ق ص 395.



الفصل الثاني

تفسير القانون

مفهوم التفسير:

يستلزم تطبيق القواعد القانونية في الواقع العملي القيام بتفسيرها أي التعرف عليها وتحديد مضمونها والشروط التي تلزم لتطبيقها ومدى انطباقها على الحالة المعروضة أمام المحكمة.

والنص قد يكون سليماً وواضحاً، إلا أنه في بعض الأحيان يشوبه نقص أو غموض أو تناقض، وفي كلتا الحالتين فإن التفسير أمر لازم لتطبيق النص على النزاع المطروح أمام المحكمة.

ونعرض لأنواع التفسير، وطرقه في المبحثين التاليين:



المبحث الأول
أنواع التفسير

هناك ثلاثة أنواع من التفسير حسب الجهة التي تقوم به التفسير التشريعي، التفسير القضائي، التفسير الفقهي.

أ ـ التفسير التشريعي:

قد تختلف المحاكم عن تطبيق قانون معين وتصدر كل محكمة حكماً مختلفاً في مسائل متشابهة بسبب فهم كل منها للقانون على نحو مغاير، وقد تقوم المحاكم بتطبيق القانون على نحو يخالف قصد المشرع الحقيقي. فهنا يتدخل المشرع ليصدر تفسيراً للقانون تلتزم به المحاكم[1].

فالتفسير عي تقوم به ذات السلطة التي أصدرت التشريع المراد تفسيره، لهذا يعتبر التفسير جزءاً مكملاً للتشريع ويكون ملزماً للقاضي يتقيد به عند التطبيق. بل أن السلطة المفسرة تستطيع أن تنتهز الفرصة لتعدل أو تضيف بعض الأحكام في التشريع الذي ربما يكون قد خرج في عاجلة وتبين نقصه أو تعيبه عند التطبيق وهذا جائز لأن السلطة التي تقوم بالتفسير هي التي أنشأت التشريع وتختص به.

---

(1) وتقرر محكمة النقض بأن المشرع له الحق الدستوري في إصدار تفسير تشريعي للقانون. هذا الحق لا تؤثر فيه استطالة الزمن بين القانون التفسيري والقانون محل التفسير، ولا استقرار أحكام القضاء الابتدائي والاستئنافي فيما فصلت فيه من قضايا مماثلة على وجهة نظر واحدة غير متعارضة، ذلك أن قيام التعارض في الأحكام ليس بشرط يلزم توافره قبل أن يعمد المشرع إلى إصدار التشريع التفسيري، بل يكفي في هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحاكم لم تستبن قصده الحقيقي من التشريع المفسر نقض 1959/5/7 س10 ص390 ـ 29/12/1960 س11 ص681.

ويجب التحقق من أن المشرع قصد تفسير التشريع السابق وليس تعديله أو إلغائه لأن تفسير التشريع يسري بأثر رجعي منذ صدور النص محل التفسير لأن التفسير يصبح جزءاً لا يتجزأ من هذا النص[1]. أما إذا انطوى التفسير على تعديل للنص فإنه يسري بأثر فوري لأننا نكون بصدد نص جديد.

إلا أنه في بعض الأحيان يفوض المشرع سلطة أخرى في تفسير التشريع تفسيراً ملزماً. مثال ذلك في مصر اختصاص مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بتفسير أحكام قانون الإصلاح الزراعي. واختصاص لجنة عليا بتفسير قانون إيجار الأماكن. واختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير كل النصوص التي يعرضها عليها وزير العدل كما سنرى.

وفي هذه الحالات تستطيع هذه الجهات القيام بالتفسير ويكون ملزماً للقاضي. ولكن مهمتها تقتصر على التفسير وليس لها حق التعديل أو الإضافة لأن ذلك من اختصاص السلطة التشريعية.

ب ـ التفسير القضائي:

يقوم القاضي بتفسير القانون حتى يتمكن من تطبيقه على النزاع المعروض عليه. فالنصوص تعتبر عامة مجردة ويتولى القاضي أعمالها واستخراج الحلول منها للمشاكل الماثلة أمامه. ويقوم القضاء، أحياناً، تحت شعار التفسير بخلق قواعد قضائية، إلى الكثير من المبادئ انطلاقاً من تفسير بعض القواعد التشريعية.

لذلك فإن التفسير القضائي يعتبر ذا صبغة عملية لأن القاضي لا يقوم بالتفسير إلا بمناسبة نزاع مطروح أمامه فهو لا يقوم بذلك من تلقاء نفسه

---

(1) التفسير التشريعي، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، يعتبر كاشفاً عن حقيقة مراد الشارع بالقانون محل التفسير منذ تقنينه لا منشأ لحكم جديد ومن ثم يعتبر نافذاً منذ تاريخ العمل بهذا القانون. نقض 1967/7/23 س18 ص927.

بل بناءاً على طلب الخصوم ورغبة في الوصول إلى الحل المناسب للمعطيات والظروف والملابسات العملية التي تعرض أمامه، ومدى انطباق النص عليها[1].

والتفسير القضائي وإن طبق على النزاع المعروض إلا أنه لا يكون ملزماً للمحاكم الأخرى، بل أن المحكمة التي فسرت القانون على نحو معين بمناسبة نزاع سابق تستطيع أن تعدل عن هذا التفسير وتأخذ بتفسير آخر في قضية ممثالة. كما أن المحاكم الأدنى درجة لا تتقيد بهذا التفسير، والاستثناء الوحيد على ذلك هو التفسير الذي تصدره المحكمة الدستورية العليا في مصر، فهو يكون ملزماً لكل المحاكم.

جـ ـ اختصاص المحكمة الدستورية العليا في مصر بتفسير القانون:

خول المشرع المحكمة الدستورية العليا الاختصاص بتفسير القانون بالشروط التالية:

1 ـ تتولى المحكمة تفسير نصوص القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور. مؤدى ذلك عدم اختصاص المحكمة بإصدار تفسيرات ملزمة لنصوص الدستور والتشريعات الفرعية الصادرة عن السلطة التنفيذية.

2 ـ يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية. وبناء عليه لا يجوز تقديم طلبات التفسير من الأفراد أو أية جهة أخرى.

---

(1) وتطلب جهة الإدارة، أحياناً من إدارة الفتوى بمجلس الدولة تفسير بعض الموضوعات القانونية ولا تمارس إدارة الفتوى في هذا الصدد عملاً قضائياً بل مجرد إبداء الرأي. ومن ثم فهو مجرد تفسير إداري غير ملزم لجهة الإدارة أو للقضاء.

3 ـ يجب أن يكون النص المراد تفسيره قد أثار خلافاً في التطبيق وله من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيره، لذا ينبغي أن يتضمن طلب التفسير النص المطلوب تفسيره وما أثاره من خلاف في التطبيق ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه.

4 ـ يجب على المحكمة أن تلتزم حدود التفسير في تفسيرها للنص القانوني المعروض عليها، فليس لها أن تضع قاعدة قانونية جديدة تحت ستار التفسير وإلا اعتبر ذلك اغتصاباً لسلطة التشريع، ولا يجوز لها التعديل في النص أو الإضافة إليه أو الحذف منه أو تأويله بطريقة غير صحيحة تبعده عن قصد الشارع الذي أفصحت عنه نصوص أخرى.

5 ـ تكون قرارات التفسري الصادرة من المحكمة نهائية وغير قابلة للطعن، وملزمة للكافة وجلميع سلطات الدولة، وينبغي نشر هذه القرارات في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها[1].

6 ـ يسري قرار التفسير، كقاعدة عامة، بأثر رجعي منذ صدور النص محل التفسير، ويطبق على كافة العلاقات التي نشأت قبل صدوره ولا زالت منظورة أمام القضاء. ولا يطبق على المنازعات التي تم الفصل فيها بأحكام حازت قوة الأمر المقضي فيه. ويجوز الطعن أمام القضاء الإداري في القرارات الإدارية الصادرة بناء على التفسير المخالف لتفسير المحكمة الدستورية العليا.

د ـ التفسير الفقهي:

ويقوم به الفقهاء ورجال القانون من خلال ما يعدون من مؤلفات وأبحاث أو في صورة فتاوي تصدر في مناسبات معينة.

---

(1) القانون 48 لسنة 1979 الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية العليا (م26، 33، 48، 49).

والتفسير الفقهي لا يكون - عكس التفسير القضائي - بمناسبة حالة معروضة - بل هو تفسير عام يتناول القانون بصفة عامة في جملته لذا فهو يتسم بالطابع النظري.

إلا أن التفسير الفقهي يأخذ في الاعتبار الواقع العملي من خلال دراسته لأحكام القضاة الصادرة تطبيقاً للقانون محل الدراسة والمشاكل التي تعرض بمناسبة تطبيق هذا القانون. لذلك فإن التعاون القائم بين الفقه والقضاء بهدف الوصول إلى الحلول الملائمة من خلال التفسير السليم للنصوص.

وقد انقسم الفقه، بصدد تفسير القانون، إلى عدة مدارس.

1 - مدرسة التزام النص أو الشرح على المتون. ظهرت هذه المدرسة في بداية القرن التاسع عشر، وتتقيد بالنصوص تقيداً حرفياً لا ينبغي البحث عن شيء من القانون خارج النصوص. ويجب البحث عن نية المشرع الحقيقية لحظة وضع التشريع فإذا لم تكن واضحة وجب البحث عن النية المفترضة التي تستخلص من روح التشريع ومن تقاليد القانون. والتشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون لدى هذه المدرسة، لذا فإن دائرة تفسيره تنحصر في التشريع وحده.

2 - المدرسة التاريخية. وتنكر وجود القانون الطبيعي لأنه لا يوجد قانون ثابت أبدي، فالقانون ينشأ في البيئة ويتطور طبقاً للظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والإقليمية والدينية المحيطة بالمجتمع، ومن ثم فإن القانون دائم التغير بحسب الزمان والمكان. لذلك فإن النصوص التشريعية تنفصل، بمجرد صدورها، عن إرادة المشرع وتتصل بحاجات الجماعة ويجب تفسيرها انطلاقاً من ظروف المجتمع وقت تطبيق النص لا وقت صدوره، فالتفسير وسيلة دائمة لتطيور النصوص وضمان تفاعلها من الظروف المتغيرة.

3 - مدرسة البحث العلمي الحر. وتسعى للتوفيق بين المدرستين

السابقتين. وترفض هذه المدرسة فكرة كمال التشريع، فالتشريع لا يتضمن حلولاً لكافة المشاكل. وفي حالة عدم وجود حل بالتشريع وجب اللجوء إلى مصدر احتياطي كالعرف. وينبغي أن يقتصر تفسير التشريع على إرادة المشرع دون تعديلها. وإذا لم يوجد نص أو عرف وجب على القاضي البحث عن الحل القانوني للنزاع المعروض عليه عن طريق البحث العلمي الحر وذلك من خلال المادة الأولية للقانون وتتمثل في الحقائق التاريخية والطبيعية والعقلية والمثالية.

هـ ـ التفسير الإداري:

تتولى السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية. وتقوم الحكومة بتلك المهمة عن طريق العاملين في المرافق المختلفة، وتصدر إليهم منشورات تتضمن تعليمات وتفسيرات الجهة الإدارية للنصوص القانونية. مثال ذلك ما يحدث في مصلحة الضرائب وهيئة التأمينات الإجتماعية والشهر العقاري وإدارة الجمارك. ويلتزم الموظفون بالتفسير الإداري عند تنفيذ القانون سواء في علاقاتهم مع المصالح الإدارية الأخرى أو في علاقاتهم بالمواطنين.

يرى الفقه «إن التعليمات والمنشورات الإدارية لا تتمتع بأي قوة إلزامية وفي مجال تفسير القانون، ولا محل للتفرقة في هذا الصدد بين المنشورات التنظيمية والمنشورات أو التعليمات التفسيرية. فهذه التعليمات لا تلزم إلا الموظف باعتبارها أعمالاً داخلية للإدارة التي لا تملك إطلاقاً تعديل القاعدة القانونية واجبة التطبيق. والصفة التنظيمية للتعليمات لا تغير من الأمر شيئاً لأن التعليمات في حد ذاتها تخلو من أي قيمة إلزامية في مجال تفسير القانون. بل أن التعليمات الإدارية باعتبارها خارج نطاق التشريعات الفرعية لا تصلح لأن تكون مصدراً للحق أو للحرمان منه. ولا يمكن لهذه التعليمات أن تتقيد أو تلزم القضاء بما يرد فيها من تفسيرات. وللقضاء أن يقتنع بالتفسير ويتبناه أو أن يرفضه».

وتذهب محكمة النقض في نفس الاتجاه مقررة أن التعليمات الإدارية التي لا يجوز إسباغ صفة اللائحة عليها، لا تعتبر بتاتاً من التشريع ولا يرجع إليها عند تطبيق أو تفسير القانون[1]. وهي لا تعدو أن تكون تنظيماً داخلياً ولا يجوز إنزالها منزلة النص وجعل لها قوته الملزمة[2].

---

(1) نقض 1983/3/21 س33 ص713.

(2) نقض جنائي 1967/5/25 س18 ص1434.

المبحث الثاني
طرق التفسير

موقف المشرع من مدارس التفسير وقواعده:

تقضي المادة الأولى من القانون المدني المصري بأنه تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

ويعبر المشرع بذلك عن المذهب الذي تبناه في التفسير، وهو يزيد الأمر تفصيلاً فيما يتعلق بالأسس العامة الواجبة الاتباع في هذا الصدد بقوله:

«ليس للتشريع في حكم هذه الفقرة السلطان الجامع المانع الذي آمن به فقهاء الشرح على المتون في مطلع القرن التاسع عشر. وإنما هو أهم مصادر القانون دون منازع ولا سيما في ظل نظام التقنين. ولذلك يخلق بالقاضي أن يلتمس الحكم الذي يطبق على النزاع في نصوص التشريع أولاً ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه وامتنع عليه الأخذ بأسباب الاجتهاد.

ونصوص التشريع تسري على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه. وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصي روح النص إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وأما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة. والإشارة إلى روح النص أو فحواه أفضل في هذا المقام من الإشارة إلى نية المشرع. فهذه النية أمر مستتر، يفترض وجوده في الغالب،

قد لا يطابق الحقيقة في كثير من الأحيان وقد لا يتاح الوقوف عليه في أحيان أخرى. فالواقع أن النص متى خرج من يد وضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية في تحديد نطاقه ومراميه شأن يجاوز في خطره تلك النية التي تقدم ذكرها»[1].

يتضح من ذلك أن طريقة التفسير تختلف بحسب ما يكون عليه النص من وضوح أو غموض، النص قد يكون واضحاً في معناه وخالياً من كل عيب فيجب تفيره من عباراته وألفاظه، وقد يكون معيباً فينبغي الاستعانة بعناصر خارجية لتفسيره.

المطلب الأول

التفسير اللفظي في حالة وضوح النص

يتم فهم النص الواضح من عباراته وألفاظه أو من روحه وفحواه، أي البحث عن معنى النص من خلال النص نفسه دون الاستعانة بعناصر خارجية عنه، وتسمى هذه الطرق بالطرق الداخلية للتفسير. وتتمثل في: استخلاص معنى النص من عباراته، أو عن طريق الإشارة، أو عن طريق دلالته[2].

(أ) استخلاص معنى النص من عبارته:

ينبغي فه النص، بداية، على المعنى المستخلص من عبارته، ويطلق عليه المعنى الحرفي أو الصريح للنص أي دلالة العبارة على المعنى المتبادر فهمه منها.

ويبدو ذلك جلياً في حالة النص الواضح الصريح حيث لا يجوز

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 1 ص187.

(2) نقض 1981/5/30 طعن 632 س46 ق وقد جاء فيه أن نص القانون يستدل به على ما يفهم من عبارته أو إشارته أو دلالته أو اقتضاءه.

الاجتهاد في تفسيره بحجة البحث عن حل عادل مخالف لما ورد صراحة في النص بل ينبغي التسليم بالمعنى الظاهر وعدم الانحراف عنه. ويكتفي المفسر بالتعرف على مضمون النص وشروط أعماله.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك المعنى من خلال المبادئ الآتية:

1 ـ متى كانت عبارة القانون واضحة ولا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبيراً صادراً عن إرادة المشرع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير والتأويل أياً كان الباعث على ذلك، ولا مجال للاجتهاد إزاء صراحة القانون الواجب تطبيقه[1]. وتقرر كذلك بأنه متى كان النص واضحاً جلي المعنى قاطعاً في الدلالة على المراد منه فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستداء بالمحكمة التي أملته لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضي مضطراً في سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها ومن ثم لا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم[2].

2 ـ المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص عاماً مطلقاً فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستهداء الحكمة منه إذ في ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل[3].

3 ـ من المقرر أن عنوان القانون ليس له قوة نصه الصريح وما يقتضيه منطوق ألفاظ هذا النص، ولا يجوز التحدي بالعنوان بل المعول عليه هو نصوص القوانين ذاتها[4].

---

(1) نقض جنائي 1967/2/19 س8 ص1286.

(2) نقض 1965/12/2 س16 ص1190 ـ 1972/3/15 س 23 ص 418.

(3) نقض 1984/4/26 طعن 1245 س50 ق.

(4) نقض جنائي 1963/10/29 س14 ص729.

4 ـ يجب فهم النص عن طريق عباته وتركيبها اللغوي، أي البدء بإدراك المعنى اللغوي لألفاظ النص، إلا إذا تبين أن المشرع يجعل للفظ معنى اصطلاحياً هنا ينبغي حمل اللفظ على معناه الاصطلاحي[1] أي المعنى الذي يستخدم في لغة القانون وصياغته، ويجب كقاعدة عامة تغليب المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي. فلفظ الزنا يدل لغة على العلاقة الجنسية غير المشروعة بين رجل وامرأة، أما في المعنى الاصطلاحي للقانون المصري فهو العلاقة المحرمة بين اثنين يكون إحدهما متزوجاً، فلا يعتبر زانياً غير للمتزوج.

5 ـ لا ينبغي فهم النص على أساس كل لفظ ورد فيه على حده، بل يجب إدراك المعنى من مجموع الألفاظ والعبارات على أساس الارتباط بينها وتقريب كل منها بالآخر، ولا يجوز أخذ كل عبارة بمنأى عن غيرها.

(ب) استخلاص معنى النص عن طريق الإشارة:

ينبغي الأخذ بالمعنى الذي يستفاد من إشارة النص أي ما يعتبر لازماً للمعنى المستفاد من العبارة. فهو مدلول اللفظ بطريق الالتزام. وقد يكون وجه التلازم بين ظاهر يفهم بقليل من التأمل، وقد يكون خفياً فيحتاج تحصيل المعنى الالتزامي الذي يشير إليه النص إلى جهد وتفكير.

مثال ذلك النص على أنه إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها وجب اعتبار أجرة المثل[2]. يدل هذا النص من طريق العبارة على اعتبار أجرة المثل في حالة تعذر إثبات مقدار الأجرة، ويفهم منه بطريق الإشارة أن عقد الإيجار الذي لم يتفق فيه على مقدار الأجرة لا يكون باطلاً، بدليل اعتماد القاضي في تقديرها على أجرة المثل.

---

(1) نقض 1976/6/22 س27 ص657 وقد جاء فيه أن الأصل في قواعد التفسير أن المشرع إذا أورد مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين. وجب صرفه لهذا المعنى في كل نص آخر يرد في.

(2) م 562 مدني، م 537 موجبات وعقود لبناني.

(جـ) استخلاص معنى النص عن طريق دلالته:

يمكن استخلاص المعنى عن طريق دلالة النص أي المعنى المأخوذ من روحه ومعقولة، ويتضمن ذلك: الاستنتاج بمفهوم الموافقة، والاستنتاج بمفهوم المخالفة، والاستنتاج من باب أولى.

1 ـ الاستنتاج بمفهوم الموافقة يعني القياس أن تطبيق الحكم الموضوع لحالة عينة على كل حالة أخرى تتوافر فيها نفس العلة وتتفق معها في الظرو. فمثلاً نص القانون على أن التوقيع على سند بالإمضاء يعتبر حجة على صاحبه يمكن القياس عليه أن التوقيع بالبصمة أو الختم تكن له نفس الحجة.

ومثال ذلك أيضاً النص على أنه لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة أضراراً بزوجته أو بزوجه أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجني عليه[1]. يتحدث النص عن السرقة فقط ولكنه ينطبق أيضاً في حالة النصب وخيانة الأمانة لتوافر نفس العلة ومن ثم يجب عدم العقاب عليهما إلا بناء على طلب المجني عليه.

2 ـ الاستنتاج من باب أولى، وهو أن يتضمن النص حكماً لحالة معينة. ثم تعرض حالة أخرى تتوافر فيها علة الحالة الأولى بشكل أوفى وأزيد، فيعطي حكم الحالة المنصوص عليها إلى الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى.

ومثال ذلك نص القانون على أن من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس أي أن عقوبة الزوج القاتل تخفض من عقوبة الجناية إلى عقوبة الجنحة، يواجه النص فرض قتل الزوج للزانيين معاً ولكن الزوج يستفيد من التخفيف من باب أولى إذا قتل أحدهما فقط أو أحدث بهما عاهة مستديمة[2].

---

(1) م 312 عقوبات.

(2) م 237 عقوبات.

وكذلك إذا انغلق باب الطعن بطريق الاستئناف لا يجوز من باب أولى الطعن بطريق النقض(1).

3 ـ أما الاستنتاج بمفهوم المخالفة فهو «إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها، أما لاختلاف العلة في الحالتين، وأما لأن اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفي هذا الحكم عما عداها من حالات من نفس النوع».

مثال ذلك نص القانون على أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه الفسخ البيع واسترد المشتري الثمن. يدل هذا النص بمفهوم المخالفة على أن تبعة الهلاك بعد التسليم تكون على المشتري(2).

المطلب الثاني

التفسير المستخلص من عناصر خارجية في حالة النص المعيب

قد يجد المفسر أن النص المراد تفسيره معيب، فيلجأ إلى عناصر خارجية لكشف عن مراد الشارع منه. ونعرض للمقصود بالنص المعيب ثم نبين طرق تفسيره.

الفرع الأول

النص المعيب

يرجع عدم وضوح النص إلى عيب فيه، يكون النص معيباً إذا شابه غموض أو تناقض أو نقص أو خطأ.

---

(1) نقض جنائي 1963/12/23 س14 ص354.

(2)م 437 مدني.

أ ـ غموض النص:

يتحقق الغموض إذا كان أحد ألفاظ النص أو مجموع عباراته يحتمل أكثر من معنى واحد. مثال ذلك نص قانون العقوبات على أن كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق، ثار التساؤل عما إذا كان التيار الكهربائي يعد منقولاً. قررت محكمة النقض اعتباره كذلك لأن له قيمة مالية ويمكن حيازته ونقله من حيز إلى آخر، ومن ثم فإن من يختلس الكهرباء يخضع لحكم السرقة.

ومثاله لفظ الليل الذي جعله المشرع ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة. فقد ثار التساؤل عما إذا كان المراد به المعنى الفلكي أي ما بين غروب الشمس وشروقها أم الفترة التي يسود فيها الظلام فعلاً. ويستقر الرأي على الأخذ بالمعنى الثاني.

ب ـ النقص في عبارة النص:

يتحقق النقص بأغفال لفظ في النص لا يستقيم الحكم بدونه أي أن النص يرد مقتضباً لا يتضمن الألفاظ أو العبارة التي تؤدي إلى استقامة حكمه.

مثال ذلك نص القانون المدني القديم على أن التقادم المكسب بالمدة القصيرة يتم بالحيازة مدة خمس سنوات بسبب صحيح وأغفلت ذكر شرط آخر وهو حسن النية. أضاف الفقه والقضاء هذا الشرط في العمل، ثم نص عليه القانون بالمدني الجديد صراحة.

ومثاله أيضاً نص القانون المدني القديم على أن كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعلة بتعويض الضرر. فالمشرع لم يكن بقصد كل فعل بل قصد الفعل الخطأ فقط، فالفعل غير الخاطئ لم يكن يستوجب المسئولية آنذاك. وقد راعى المشرع ذلك في التقنين المدني الجديد ونص على أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

جـ ـ تعارض النصوص:

يحدث التعارض بين النصوص في حالة وجود تناقض بين أحكام التشريع الواحد أو بينها وبين أحكام تشريع آخر. ويقتضي ذلك التوفيق بين تلك الأحكام إن أمكن وإلا وجب تغليب أحد النصوص على الآخر.

فإذا كان التعارض بين أحكام تشريع واحد أو تشريعات متساوية في الدرجة ومتحدة في تاريخ صدورها، وجب اتباع قواعد التفسير المختلفة الداخلية والخارجية لرفع هذا التعارض أو ينبغي بصفة خاصة أعمال قواعد الاستدلال السابقة مع ملاحظة أن هذه الدلالات ليست على درجة واحدة من القوة، أذ يجب تغليب دلالة العبارة على غيرها وتغليب إشارة النص على دلالته.

وإذا كان التعارض بين تشريعات متفاوتة في القوة أو مختلفة تواريخ صدورها، وجب تطبيق مبدأ تدرج التشريعات أو قواعد النسخ الضمني.

د ـ الخطأ المادي:

ينطوي النص، أحياناً على خطأ مادي أو معنوي، كأن يرد فيه لفظة غير مقصود أو يتم إغفال لفظ أو حرف أو عبارة لا يستقيم النص بدونها، أي أن مجموع عبارات النص تؤدي، في هذه الحالة، إلى معنى غير مقبول.

مثال ذلك نص المشرع على أن «تسري أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال والطوافين والممثلين التجاريين الجابين ومندوبي التامين وغيرهم من الوسطاء...»[1]، مع أن المقصود هو الممثلين التجاريين والجوابين فسقط حرف الواو سهواً.

ومثال الخطأ المعنوي النص على أنه لا يجوز أخذ حق الاختصاص الا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها

---

(1) م 676/مدني.

بالمزاد العلني[1]. والواقع أن قيد حق الاختصاص لا يتصور إلا بعد أخذ الحق ذاته. والمقصود توافر شرط الملكية وقت أخذ الاختصاص.

الفرع الثاني

طرق تفسير النص المعيب

يلجأ المفسر عند غموض النص لعدة وسائل خارجية يستلهم منها المعنى الحقيقي لها، وتتمثل تلك الوسائل في:

أ ـ تقريب النصوص بعضها من بعض:

يستطيع المفسر استجلاء مضمون النص المعيب عن طريق المقارنة والتقريب بين اللفظ الغامض وباقي ألفاظ النص أو تقريب النص الغامض من النصوص الأخرى خصوصاً إذا كانت تتعلق بتشريع واحد. ويمكن إجلاء غموض تشريع بتقريبه من نصوص تشريع آخر متى كانا من نفس الموضوع[2].

فالقاعدة القانونية لا تبدو مستقلة أو منفصلة عن غيرها من القواعد، فألفاظ النص والنصوص المختلفة في النظام القانوني الواحد ترتبط ببعضها وتتكامل فيما بينها ويمكن الاستدلال على وجهة النص الغامض من وجهة نص آخر أو بالمقارنة بينهما، ويتضح مراد الشارع من خلال الجمع بين نصين أو عدة نصوص سواء في قانون واحد أو في عدة قوانين.

ب ـ المصادرة التاريخية:

يمكن الرجوع إلى الأصل التاريخي للنص الغامض المراد تفسيره لتبين حقيقة قصد المشرع منه[3]. والمقصود بالمصدر التاريخي القانون الذي

---

(1) م 1088 مدني.

(2) نقض 1975/11/26 س 26 ص 845.

(3) نقض جنائي 1967/3/7 س 17 ص 334. =

استقى منه المشرع أحكام النص الغامض. فيتم الرجوع إلى القانون الفرنسي إذا كان النص مأخوذاً عنه، والرجوع إلى فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة للنصوص المشتقة منها.

ومن التطبيقات القضائية ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة من أن حق الشفعة لا يورث، فإذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة فلا يجوز لوارثه أن يطالب بها. وقد أخذت المحكمة ذلك الحكم من الشريعة الإسلامية وبخاصة الفقه النفي الذي استقى منه المشرع أحكام الشفعة.

جـ ـ حكمة التشريع:

يجب أن يستعين المفسر، في فهم المقصود بالنص، بالغاية التي قصد المشرع تحقيقها من النص. هذه الغاية قد تكون مصلحة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو أخلاقية[1].

مثال على ذلك اعتبار الليل ظرفاً مشدداً للعقوبة في جريمة السرقة، فالحكمة من ذلك أن الظلام يشجع ويسهل ارتكاب الجرائم. هذه الحكمة لا تتوافر في وقت الغسق (الفترة التي تلي الغروب مباشرة) أو في وقت الفجر (ما قبل الشروق مباشرة) مع أن هاتين الفترتين تدخلان من الناحية الفلكية تحت لفظ الليل. لذلك لا تشدد عقوبة من يرتكب السرقة خلالهما.

وينبغي ملاحظة أنه لا يجوز الاستعانة بحكمة التشريع إلا في حالة النص المعيب، حيث يستقر قضاء النقض على أنه متى كان النص واضحاً

= وينبغي التذكير بأنه متى كان النص صريحاً جلياً فلا محل لتأويله بدعوى الاستهداء بمصدره التاريخي أو بالمراحل التشريعية التي سبقته. نقض 10/29/ 1974 س 25 ص 1165.

(1) تمييز رقم 12 في 4 آذار 1969 العدل رقم 47 ويجيز اللجوء إلى مبادئ العدل والإنصاف وروح النص ونية المشرع وحكمته.

قاطع الدلالة على المراد منه، فلا مجال للبحث عن حكمة التشريع ودواعيه، ذلك أن استخلاص قصد الشارع لا يكون له محل إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه[1].

د ـ الأعمال التحضيرية:

وتعتبر الأعمال التحضيرية للنص من أهم طرق التفسير الخارجية التي يستعين بها المفسر للتعرف على قصد الشارع من النص المعيب. ويقصد بها مجموعة الأعمال التي سبقت أو عاصرت صدور التشريع، وتضم المذكرات التفسيرية والتقارير المعدة ومناقشات الهيئة التي قامت بتحضيره وأعمال اللجان التي أعدته.

ويساعد الرجوع إلى الأعمال التحضيرية في التعرف على نية المشرع وتفسير الألفاظ الغامضة ورفع التناقض بالنص وتكملة الناقض منه، إلا أنه ينبغي ملاحظة أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية لا يكون إلا على سبيل الاستئناس، فهي غير ملزمة للقاضي، وهي كثيراً ما تعبر عن الآراء الشخصية لواضع المذكرة الإيضاحية. ولا يجوز اللجوء إليها إلا في حالة غموض النص، أما إذا كان النص واضحاً وجب الإلتزم بإرادة المشرع المعلنة من خلال عبارة التشريع[2].

---

(1) نقض 1980/5/29 طعن 1392 س 47 ق.

(2) نقض 1976/5/12 س 27 ص 1087.

الفصل الثالث

تطبيق القانون من حيث المكان

الأصل أن قانون كل دولة يطبق على رعاياها وفي داخل إقليمها إلا أن الأمر من الناحية العملية ليس بهذه السهولة، فانتشار العلاقات الدولية وازدياد النشاط التجاري وتنقل الأفراد والأموال بين الدول يثير التساؤلات حول إمكان تطبيق القانون على الوطنيين المقيمين في الخارج وعلى الأجانب المقيمين في الداخل.

والإجابة على هذه التساؤلات تتوقف على المبدأ الذي تعتنقه الدولة فهناك مبدأ الإقليمية وهناك مبدأ الشخصية.

أ ـ مبدأ إقليمية القوانين:

يطبق القانون على كل ما يقع داخل الإقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه، وطنيين كانوا أم أجانب. ولا يسري القانون على ما يقع خارج الدولة ولا على الأشخاص المقيمين بالخارج حتى ولو كانوا من الوطنيين. أي أن القاعدة القانونية تسري على كل ما يقع داخل حدود الإقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه. ولا تسري على كل ما يقع خارج حدود هذا الإقليم. فإذا قلنا مثلاً أن القانون الكويتي إقليمي التطبيق فإن ذلك يعني أنه هو وحده الذي يسري على كل ما يقع في أرض الكويت وعلى كل المقيمين فيها، كويتيين كانوا أو أجانب، وأنه لا يسري على ما يقع خارج

حدود الكويت، ولا يسري على الأشخاص المقيمين خارج حدود الكويت ولو كانوا كويتيين.

ب ـ مبدأ شخصية القوانين:

يقضي بتطبيق القانون على كل رعايا الدولة حتى ولو كانوا في الخارج ولا يطبق على الأجانب المقيمين في الداخل. فإذا قلنا مثلاً أن القانون اللبناني شخصي التطبيق، فمعنى ذلك أنه يطبق على اللبنانيين وحدهم حتى ولو كانوا خارج لبنان، وأنه لا يطبق على الأجانب حتى ولو كانوا موجودين في لبنان.

وإذا كان مبدأ الإقليمية يقوم على أساس ما للدولة من سيادة على إقليمها، فإن مبدأ الشخصية يقوم على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها. وقد تفاوت الأخذ بكل من المبدأين بين الدول، إلا أنه من الصعب تطبيق كل مبدأ على إطلاقه، لذلك فإن الدولة تأخذ من حيث الأصل بأحد المبدأين ثم تورد عليه بعض الاستثناءات التي تخفف من حدته، لهذا فإننا نجد في النهاية تقارب الحلول والنتائج من الناحية العملية بين الدول.

ج ـ مبدأ إقليمية القانونين المصري واللبناني:

المبدأ الأساسي المقرر في كل من القانونين المصري واللبناني هو إقليمية تطبيق القانون، فهو يطبق على كل من يقيمون في مصر أو لبنان ن وطنيين وأجانب ولا يطبق خارج مصر أو لبنان على المصريين أو اللبنانيين.

د ـ الاستثناءات التي ترد على مبدأ إقليمية القانون:

ولكن المبدأ السابق ترد عليه عدة استثناءات تمنع أحياناً تطبيق القانون المصري أو اللبناني داخل الدولة وتمد هذا التطبيق في أحيان أخرى إلى خارج الإقليم. فمبدأ إقليمية القانون ليس مطلقاً، إذ ترد عليه بعض الاستثناءات التي تحد من تطبيق كل من القانونين داخل إقليم الدولة أو تمد

هذا التطبيق إلى خارج هذا الإقليم. وتؤدي هذه الاستثناءات في الغالب إلى شخصية تطبيق القانون، وتؤدي أحياناً إلى تطبيق القانون تطبيقاً عينياً.

1 ـ تطبق القواعد القانونية المتعلقة بالحقوق والواجبات الوطنية (التي يقررها الدستور للوطنيين) تطبيقاً شخصياً أي تسري على المصريين في الداخل والخارج، ولا تسري على الأجانب المقيمين في مصر. ومثال ذلك حق الانتخاب والترشيح للهيئات النيابية وحق تولي الوظائف العامة وواجب أداء الخدمة لاعسكرية. تتعلق هذه الحقوق والواجبات بالانتماء إلى الوطن، ومن ثم فإن القواعد القانونية المنظمة لها تسري في حق الوطنيين وحدهم دون الأجانب، أي أنها تطبق تطبيقاً شخصياً وليس إقليمياً.

2 ـ الأصل أن قانون العقوبات يطبق على الجرائم التي ترتكب داخل مصر إلا أنه يطبق في بعض الأحيان على أشخاص غير مقيمين في مصر أو على جرائم ارتكبت خارج إقليمها وذلك لاعتبارات مختلفة.

يطبق قانون العقوبات المصري واللبناني على الجرائم التي ارتكبت في الخارج إذا كانت هذه الجرائم تخل بأمن الدولة أو الثقة في أوراقها الرسمية أو نقدها. ويطبق كذلك على الأشخاص المقيمين في الخارج سواء كانوا مصريين أم أجانب إذا كانت الجرائم التي ارتكبوها قد وقعت كلها أو بعضها في مصر أن تطبيق قانون العقوبات في هذه الحالات، يعد استثناء من مبدأ الإقليمية، وهو تطبيق عيني لأنه يتم رغم ارتكاب الجريمة في الخارج ودون النظر إلى جنسية مرتكبها.

وأخيراً يطبق قانون العقوبات على ما يرتكبه المصريون في الخارج من الجرائم عند عودتهم إلى أرض الوطن تهرباً من العقاب. هنا يتقرر الخروج على مبدأ إقليمية قانون العقوبات بما يؤدي إلى التطبيق الشخصي لهذا القانون. وتسري نفس الأحكام السابقة على القانون اللبناني.

3 ـ في كثير من الأحيان تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق القانون المصري على علاقات خارج مصر، وتطبيق القوانين الأجنبية

على علاقات داخل مصر. ونفس الحكم بالنسبة للقانون اللبناني. وكما رأينا فإن القانون الدولي الخاص يعين القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

وتطبيقاً لذلك قد يتم تطبيق قانون أجنبي على نزاع أطرافه أجانب معروض أمام القاضي اللبناني مثال ذلك النزاع الأسري الذي يثور بين زوجين فرنسيين أمام محكمة لبنانية، هنا يطبق عليهم القانون الفرنسي، وإذا رفعت زوجة تونسية دعوى تطليق على زوجها التونسي أمام القاضي المصري فإنه يطبق عليها القانون التونسي.

وتقضي قواعد القانون الدولي الخاص كذلك بتطبيق قانون المورث بشأن الميراث. فالقانون الانجليزي يطبق على تركة الانجليزي المتوفى في لبنان.. ويطبق القانون اللبناني على تركة اللبناني المتوفى في الخارج.

وتطبق قواعد الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وغير ذلك تطبيقاً شخصياً فبالنسبة للأجانب المقيمين في مصر يطبق قانون جنسيتهم عليهم في هذه المسائل، ويطبق فيها القانون المصري على المصريين بالخارج.

الفصل الرابع

تطبيق القانون من حيث الزمان

عرض المشكلة:

يتحدد نطاق تطبيق التشريع من حيث الزمان، كقاعدة عامة، بالفترة ما بين نفاذه وإلغائه فالقانون يحكم بوجه عام الوقائع والمراكز القانونية التي تتم تحت سلطانه، أي في الفترة ما بين تاريخ العمل به وإلغائه.

يتم التعبير عن القاعدة السابقة بمبدأ عدم رجعية القانون أي عدم سريان القوانين على الماضي. وبالرغم من بساطة هذا المبدأ والتسليم به إلا أن تطبيقه في العمل يثير عدة صعوبات فإذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى، فإن القاعدة القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم إلغائها وتسري القاعدة الجديدة ابتداء من يوم نفاذها. ولا يثير الأمر صعوبة بالنسبة للأوضاع القانونية التي تتم وتترتب آثارها في لحظة واحدة. فالوقائع التي تنشأ وترتب آثارها في ظل قانون معين تظل خاضعة له ولا تتأثر بالقانون الجديد حيث لا يسري على الماضي ويحكم فقط الوقائع الجديدة التي تنشأ بعد نفاذه.

وتكمن الصعوبة بالنسبة للوقائع أو المراكز المستمرة أو الممتدة أي تثور المشكلة حين يبدأ الوضع القانوني في التكوين في ظل قانون معين ثم تكتمل عناصر تكوينه في ظل قانون جديد أو حين ينشأ هذا الوضع في ظل

قانون معين وتتحقق آثاره أو ينقضي في ظل قانون آخر جديد. هنا يثور التساؤل بصدد تحديد أي القوانين واجب التطبيق، أي يقوم التنازع بين القواعد القديمة والقواعد الجديدة على حكم الوضع القانوني وآثاره وهذا ما يعبر عنه بمشكلة التنازع الزماني أي تنازع القوانين من حيث الزمان، وهذا هو موضوع دراستنا في هذا الفصل. وقبل أن نعرض لكل من الحلول الفقهية والتشريعية للمشكلة نبدأ بعرض مبدأ عدم رجعية القوانين.

المبحث الأول
مبدأ عدم رجعية القوانين
Principe de la non - rétroactivité des lois

نعرض لمضمون المبدأ ثم بين مبرراته وأهميته والاستثناءات التي ترد عليه وصعوبات تطبيقه.

المطلب الأول
مضمون المبدأ ومبرراته وأهميته

(أ) مضمون المبدأ:

يسري القانون على الوقائع والتصرفات التي تحدث في المستقبل، أي أنه يسري بأثر مباشر منذ لحظة نفاذه ولا يمتد إلى ما قبل ذلك، فلا يسري على ما تم من وقائع أو تصرفات قبل العمل به. ويستمر القانون في السريان إلى حين إلغائه. ومن ثم فهو لا يسري على الأوضاع القانونية التي تحدث بعد هذا الإلغاء. يتضح من ذلك أن وقت نفاذ القانون الجديد هو الحد الفاصل بين نهاية سريان القانون القديم وبدء سريان القانون الجديد، وهذا ما يطلق عليه مبدأ عدم رجعية القوانين أي عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضي واقتصارها على حكم المستقبل أي على حكم ما يقع ابتداء من يوم نفاذها.

(ب) مبررات المبدأ وأهميته:

إن مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي يعتبر من الأسس الأولية التي يقوم عليها القانون في كل بلد. ونظراً لأهمية المبدأ فإن الدساتير الوضعية

تحرص دائماً على تأكيده. وأصبح من المبادئ المستقرة في الشرائع الحديثة ويأخذ به الفقه والقضاء ولو لم يكون منصوصاً عليه[1] ويمكن تلخيص المبررات أو الاعتبارات التي تملي هذا المبدأ فيما يلي:

أولاً: تقضي العدالة بعدم سريان القانون على الأوضاع القانونية التي تمت قبل نفاذه، فليس من العدل أن ينظم الناس شئونهم وتصرفاتهم طبقاً لقانون معين ثم يصدر قانون جديد يجرم ما أتاه الأفراد من أفعال مباحة أو يبطل ما قاموا به من تصرفات. ولا يعقل أن يطلب من الناس احترام القانون قبل صدوره أو قبل أن يتمكنوا من العمل به.

ثانياً: يؤدي تطبيق القانون بأثر رجعي إلى انعدام ثقة الناس في القانون ووجود القلق في نفوس الأفراد، فمن الجائز صدور تشريع جديد يهدم ما تم قبله، ويصبح القانون أداة لهدم كيان المجتمع بدلاً من حمايته وبنائه، ويضعف الإحساس بالأمان القانوني وتذبل ثقة الأفراد في الدولة والقانون.

ثالثاً: يعد مبدأ عدم رجعية القانون ضمانة حيوية لتحقيق الاستقرار في الجماعة. يؤدي انسحاب القاعدة القانونية على الماضي إلى الإخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات والمساس بالحقوق والمراكز المشروعة التي تم ترتيبها في ظل القانون القائم، وإحلال الفوضى وعدم الاستقرار.

رابعاً: يستوجب النطق عدم سريان القانون بأثر رجعي، فالقانون لا يصبح نافذاً إلا بعد نشره حتى يتمكن الناس من العلم به، ومن ثم لا يعقل تطبيق القانون على الوقائع والتصرفات السابقة على نشره.

---

(1) وقد نص عليه الدستور المصري لسنة 1971 بقوله: لا تسري أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر يما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز، في غير المواد الجنائية، النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية مجلس الشعب.

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ الرجعية

يرد على مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي عدة استثناءات:

أولاً: حالة النص الصريح: يستقر الرأي على أنه يجوز للمشرع النص على أعمال القانون بأثر رجعي كلما رأى في ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة(1). مفبدأ الرجعية يقيد القاضي ولا يقيد المشرع، فإذا نص المشرع صراحة على سريان القانون على الماضي فإنه يعمل به حتى ولو أدى ذلك إلى المساس بالحقوق المكتسبة. ونظراً لخطورة الأثر الرجعي فإن هناك عدة ضوابط وشروط يلتزم بها المشرع كي يقرر سريان التشريع على الماضي

1 ـ لا يمكن أعمال القانون بأثر رجعي إلا بمقتضى قانون صادر من السلطة التشريعية. فالسلطة التنفيذية لا تملك أعمال اللائحة بأثر رجعي ولو ضمنتها نصاً صريحاً بذلك.

2 ـ لا يتقرر الأثر الرجعي للقانون إلا بمقتضى نص تشريعي صريح، فلا بدّ أن تعرب إرادة المشرع بوضوح عند سريان القانون على الماضي بتحديد تاريخ معين لذلك. ولا يجوز الاستناد في ذلك إلى إرادة المشرع الضمنية.

3 ـ تشترط الدساتير عادة موافقة البرلمان بأغلبية خاصة على سريان القانون بأثر رجعي، يشترط الدستور المصري، مثلاً، موافقة أغلبية أعضاء

---

(1) وينبغي الحذر بصدد تقدير الصالح العام الذي يستوجب الأثر الرجعي للقانون، فيجب أن يفوق ذلك اعتبارات الثقة والعدالة واستقرار المعاملات. وتتعدد الصالح التي تستوجب، أحياناً، رجعية القوانين، ومن أهمها: تصحيح التصرفات التي وقعت باطلة طبقاً للقانون لتخلف شرط جرى العمل على عدم مراعاته، رعاية بعض الطوائف الاجتماعية مثل زيادة الحقوق التأمينية أو العمالية، محاربة الغش نحو القانون أو التحايل على القانون، مراعاة الأوضاع المستقرة.

مجلس الشعب، ولا يكفي موافقة أغلبية الحاضرين إذا كانت تلك الأغلبية لا تصل إلى نصف عدد المجلس.

4 - ليس للمشرع أن يقرر سريان التشريع الجنائي أو الجزائي على الماضي، فلا يملك النص صراحة على تطبيق القانون الذي يقرر جريمة أو عقوبة جديدة على الأفعال التي ارتكبت قبل نفاذه، فمن المقرر أن القانون الواجب التطبيق هو ذلك المعمول به وقت ارتكاب الجريمة وليس القانون الساري وقت محاكمة المتهم. ويعد عدم رجعية النصوص الجنائية نتيجة منطقية وضرورية لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

ثانياً: القوانين الجنائية الأصلح للمتهم: تطبق القوانين الجنائية الجديدة على الماضي أي بأثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم[1]. والعلة في ذلك أنه ليس من مصلحة المجتمع العقاب على فعل أصبح مباحاً أو العقاب عليه بعقوبة أشد من تلك التي يستحقها في نظره.

يعتبر القانون الجنائي أصلح للمتهم في عدة حالات: إذا اعتبر الفعل مباحاً بعد أن كان مجرماً في القانون القديم، إذا أوجد مانعاً من العقاب، إذا قرر عقوبة أخف من العقوبة المقررة في القانون السابق، إذا قرر وجهاً للإعفاء من المسئولية الجنائية دون أن يلغى الجريمة ذاتها.

ويشترط لاستفادة المتهم من القانون الأصلح أن يكون قد صدر قبل صيرورة الحكم نهائي أو مبرم بالعقوبة. ويكفي صدور القانون ولو لم يتم نشره. ولا يستفيد المتهم من القانون الجديد الصادر بتخفيف العقاب إذا

---

(1) تنص المادة الخامسة من قانون العقوبات على أنه: إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره، وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية. ونفس المعنى في تقنين العقوبات اللبناني (م 2، 3، 5، 8، 10، 11).

أصبح الحكم نهائياً أي استنفذ كل طرق الطعن فيه. أما إذا كان الحكم قابلاً للطعن بالمعارضة أو بالاستئناف أو بالنقض فهو لم يصبح بعد نهائياً، وتلتزم المحكمة المختصة بنظر الطعن بتطبيق القانون الأصلح من تلقاء نفسها.

إذا صدر قانون جديد يجعل الفعل المرتكب غير معاقب عليه فإن المتهم يستفيد من هذا القانون حتى لو صدر عليه حكم نهائي. فصدور مثل هذا الحكم لا يحول دون الاستفادة من القانون الجديد. إذ يتم وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كل آثاره الجنائية دون حاجة إلى صدور حكم قضائي جديد، وذلك بخلاف الحالة السابقة حيث يقتضي تخفيف العقاب صدور حكم جديد يقرره وهو أمر بات مستحيلاً بعد صيرورة الحكم نهائياً.

أورد المشرع تحفظاً بشأن قوانين العقوبات المؤقتة، وهي القوانين التي يسري حكمها في فترة زمنية محددة، ويقف العمل بها بانقضاء هذه الفترة دون حاجة إلى صدور قانون بإلغائها. ولا يحول انقضاء فترة سريان هذه القوانين دون ملاحقة من خالفها أو المضي في تنفيذ العقوبات المحكوم بها طبقاً لها[1]. مؤدي ذلك أن الإفادة من القانون الجديد لا تنصرف إلى قوانين العقوبات المؤقتة..

ثالثاً: القوانين التفسيرية: يتولى القضاء مهمة تفسير القانون تهيداً لتطبيقه. يتدخل المشرع أحياناً لتفسير تشريع كشف الواقع عن غموضه وأثار خلافاً وجدلاً حول تحديد مراد الشارع منه، وهذا ما يطلق عليه القانون التفسيري.

ويستقر قضاء محكمة النقض على أن من حق المشرع أن يصدر قانوناً تفسيرياً يكشف به عن حقيقة المراد بقانون سابق، وأن هذا الحق لا يؤثر فيه استطالة الزمن بين القانونين، وأن القانون التفسيري يعتبر كاشفاً عن حقيقة مراد الشارع من تاريخ سريان القانون السابق الذي فسره لا

(1) م 5/4/ عقوبات مصري، م 2/2 عقوبات لبناني.

منشئاً لحكم جديد[1]. ويعتبر القانون التفسيري قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي ويسري بالتالي على جميع الوقائع منذ نفاذه التشريع الأصلي[2].

يسري القانون التفسيري على الوقائع التي حدثت قبل صدوره ابتداء من تاريخ نفاذ القانون موضوع التفسير أي يعتبر قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي ويسري بالتالي على جميع الوقائع التي حدثت منذ نفاذ التشريع الأصلي ويسري القانون التفسيري على الدعاوي التي ترفع بعد صدوره ويسري أيضاً على الدعاوي التي رفعت قبل صدوره طالما لم يتم الفصل فيها بعد، ولكنه لا يسري على الأحكام القضائية التي أصبحت نهائية قبل صدوره إلا بناء على نص صريح بذلك.

ويشترط لسريان القانون التفسيري بأثر رجعي أن يقتصر حكمه على بيان حقيقة مراد الشارع من النص الأصلي، دون أن يتضمن أية إضافة إليه فينبغي ألا يتضمن النص الجديد أي حكم مستحدث[3]. فإذا تبين أن النص الجديد ليس مفسراً للنص القديم بل تضمن، في الواقع، تعديلاً له بحكم يخالفه، ولم ينص في التشريع الجديد على سريانه استثناء بأثر رجعي فإنه لا يسري على الماضي ولا ينطبق على الوقائع السابقة على نفاذه[4]:

المطلب الثالث

تطبيق مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي

رأينا أن مبدأ عدم الرجعية يعني عدم سريان التشريع على الماضي. لا تثور صعوبة في تطبيق هذا المبدأ في حالة الأوضاع القانونية التي تنشأ

---

(1) نقض 1981/12/26 س 32 ص 1433.
(2) نقض 1983/4/4 س 34 ص 898.
(3) نقض جنائي 1959/2/2 س 10 ص 127.
(4) نقض 1966/1/18 س 17 ص 27.

وترتب آثارها في ظل قانون عين، لا يثور الشك، في هذه الحالة، بصدد تطبيق هذا القانون على تلك الأوضاع في نشأتها وفي آثارها. فالوقائع والتصرفات التيتقع بعد نفاذ القانون الجديد تخضع له وحده. فإذا تطلب القانون الجديد إجراءاً معيناً لانتقال الملكية بناء على عقد من العقود الناقلة للملكية وجب أعمال هذا الكم على العقود التي تبرم بعد نفاذه. وإذا اشترى شخص عقاراً في ظل قانون لا يستلزم التسجيل لنقل الملكية فإن الملكية تنتقل إليه بمجرد العقد، ولا يؤثر في ملكيته صدور قانون جديد يشترط الملكية لتسجيل النقل في العقار. فالقانون الجديد لا يسري على الوقائع والتصرفات التي نشأت ورتبت آثارها في ظل القانون القديم.

تكمن الصعوبة بالنسبة للأوضاع القانونية المستمرة أو الممتدة، حيث تتكون وترتب آثارها على مدى فترة طويلة من الزمن. كما هو الشأن في التقادم وعقود التوريد والقرض والإيجار والعمل. فقد يبدأ الوضع القانوني في التكوين في ظل قانون معين ثم تكتمل عناصر تكوينه في ظل قانون جديد، وقد ينشأ التصرف في ظل قانون وتتحقق آثاره أو ينقضي في ظل قانون آخر. هنا يقوم التنازع بين القانونين على حكم هذه الأوضاع وتلك الآثار باعتبار أنها ممتدة في ظلهما معاً. فهل نطبق القانون القديم بسبب تكون عناصر الوضع كلها أو بعضها في ظله؟ أم نطبق القانون الجديد بسبب اكتمال عناصر التكوين أو تحقق الآثار بعد نفاذه؟ أم نطبقهما معاً؟ وفي هذه الحالة الأخيرة كيف نحدد مجال أعمال كل من القانونين؟.

فمثلاً إذا أبرم عقد قرض في ظل قانون يحدد الحد الأقصى السعر الفائدة الاتفاقية بـ 9٪ ثم صدر قانون جديد يخفض هذا السعر إلي 8٪، فهل يلتزم المدين بدفع الفائدة الجديدة أم يستمر هذا العقد خاضعاً للقانون القديم؟.

وإذا كان القانون يحدد سن الرشد بثماني عشرة سنة، ثم صدر قانون جديد يرفع هذا السن إلى الحادثة والعشرين، فما حكم الأشخاص الذين بلغوا سن 18 قبل نفاذ القانون الجديد؟ هل يستمرون راشدين أم يعودون قاصرين عملاً بالقانون الجديد؟ وما حكم تصرفاتهم التي عقدوها في ظل

القانون القديم في وقت أن كانوا راشدين؟.

ويجوز للزوج المسلم أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة وفقاً للقانون القائم في مصر. فإذا تزوج شخص في ظل هذا القانون ثم صدر قانون جديد يجعل الطلاق بحكم القاضي، فهل يجوز لهذا الزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة طبقاً للقانون الذي أبرم الزواج في ظله؟ أم هل يسري القانون الجديد وبالتالي لا يجوز إيقاع الطلاق إلا بإذن القاضي؟.

وإذا وضع شخص يده على عقار مدة عشر سنوات بقصد تملكه في ظل قانون يجعل مدة التقادم المكسب 15 سنة، ثم صدر قانون جديد يجعل مدة التقادم 20 سنة، أو صدر قانون ينقص مدة التقادم إلى 13 سنة، فهل يخضع هذا لتقادم للقانون الجديد أم يظل خاضعاً للقانون القديم الذي بدأت المدة في ظله؟.

كان قانون الإثبات في مصر يجيز إثبات الالتزام بشهادة الشهود، إذا كان مقداره لا يتجاوز عشرين جنيهاً، ثم صدر قانون جديد يرفع هذا النصاب إلى مائة جنيه، فهل يسري القانون الجديد على العقود التي أبرمت قبل نفاذه أم تظل خاضعة للقانون القديم؟.

يتضح من الأمثلة صعوبة تطبيق مبدأ عدم الرجعية، وهكذا بالنسبة لكل التصرفات والوقائع التي تستغرق نشأتها أو ترتيب آثارها فترة مستمرة. وتلك هي المشكلة الحقيقية في مسألة التنازع الزماني بين القوانين.

يعمد المشرع أحياناً، إلى حل المشكلة، فينص في التشريع الجديد على ما ينبغي العمل به بالنسبة للأوضاع القانونية الممتدة. فقد ينص صراحة على سريان القانون الجديد بأثر رجعي، وقد ينص على استمرار خضوع تلك الأوضاع للقانون الذي نشأت في ظله، وقد يضع أحكاماً انتقالية لمواجهة هذه الحالات.

إلا أنه كثيراً ما يسكت عن تنظيم هذه المشكلة، لذا حاول الفقه مواجهة المسألة، فظهرت النظرية التقليدية ثم النظرية الحديثة. نعرض لكل من النظريتين قبل بيان الحلول التشريعية في هذا المقام.

المبحث الثاني
الحلول الفقهية لمشكلة تنازع القوانين

نعرض للنظرية التقليدية ثم نبين النظرية الحديثة وموقف القضاء في هذا الصدد.

المطلب الأول
النظرية التقليدية

(أ) مضمون النظرية التقليدية:

تقوم النظرية التقليدية على أساس التفرقة بين ما أسمته بالحق المكتسب Droit accquis ومجرد الأمل Simple expectatice يكون القانون ذا أثر رجعي إذا أدى تطبيقه إلى المساس بالحقوق المكتسبة في ظل قانون سابق، ولا يكون كذلك إذا استتبع هذا التطبيق المساس بمجرد الآمال التي لم ترق بعد إلى مرتبة الحق المكتسب. أن المساس بالحق المكتسب يعني التطبيق بأثر رجعي، أما المساس بمجرد الأمل فلا رجعية فيه.

فبالنسبة للميراث مثلاً لا يكون للورثة أثناء حياة المورث سوى مجرد الأمل فقط في الإرث، ولكنه يصبح حقاً مكتسباً بمجرد الوفاة فإذا صدر قانون جديد بعد وفاة المورث يعدل من أنصبة الورثة، فلا يطبق عليهم لأنهم يكتسبون حقوقاً على التركة بواته. أما إذا لم يكن المورث قد توفي عند صدور القانون الجديد، فإن التعديل الذي جاء به يسري على الورثة حيث لم يكن لهم في ظل القانون القديم سوى مجرد الأمل.

وكذلك بالنسبة للتقادم لا يكون للشخص سوى مجرد أمل قبل اكتمال مدة التقادم المطلوبة، ومن ثم يجوز للقانون الجديد أن يمس هذا الوضع

دون أن يكون له أثر رجعي. فإذا صدر قانون يطيل مدة التقادم، ولم يكن التقادم قد اكتمل، فإن المدة الجديدة هي التي تطبق لأن واضع اليد لا يكون قد اكتسب أي حق بل كان له مجرد أمل. أما إذا صدر القانون بعد اكتمال التقادم فإنه لا يسري لأن في هذا السريان مساس بالحق المكتسب.

تضع النظرية التقليدية على المعيار السابق عدة استثناءات، أي أن القانون الجديد يطبق فيها بأثر رجعي حتى ولو أدى هذا التطبيق إلى المساس بالحقوق المكتسبة. وقد سبق أن تعرضنا لهذه الاستثناءات وتتمثل في حالة النص الصريح، القوانين الجنائية الأصلح للمتهم، القوانين التفسيرية، القوانين المتعلقة بالنظام العام.

ترى النظرية التقليدية أن القوانين المتعلقة بالنظام العام تطبق بأثر رجعي ولو أدى ذلك إلى المساس بالحقوق المكتسبة ولو لم ينص في التشريع الجديد على ذلك. فلا يجوز التمسك بالحق المكتسب في مواجهة القواعد المتعلقة بالنظام العام لأنها ذات طبيعة آمرة لا يجوز مخالفتها. فإذا اكتسب شخص حقاً في ظل قانون معين ثم أصبح هذا الحق مخالفاً لقانون جديد متعلق بالنظام العام فلا يجوز التمسك بالحق المذكور في ظل هذا القانون.

مثال ذلك، إذا بلغ شخص سن الرشد في ظل قانون معين ثم صدر قانون جديد يرفع السن، فإنه يطبق ويعود الشخص قاصراً ابتداء من يوم نفاذ القانون رغم سبق اعتباره رشيداً في ظل القانون القديم.

(ب) نقد النظرية التقليدية:

لاقت هذه النظرية رواجاً كبيراً في الفقه والقضاء الفرنسيين طوال القرن التاسع عشر، بل إن الكثير من أحكام القضاء لا زالت تستعمل اصطلاح الحق المكتسب ومرد الأمل لتبرير الحلول التي تقضي بها في حالات التنازع الزماني بين القوانين. ولكن النظرية تعرضت لنقد شديد من الفقهاء تمثل في:

1 ـ غموض الأساس الذي تقوم عليه النظرية. أن معيار الحق المكتسب الذي تستند إليه النظرية معيار مبهم وغير دقيق. لذلك تضاربت الآراء حول تعريف المقصود بالحق المكتسب وتمييزه عن مجرد الأمل. فيرى البعض أنه الحق الذي دخل ذمة الشخص بصفة نهائية، ويرى البعض الآخر أنه الحق القائم على سند قانوني، ويرى آخرون أنه الحق الذي يستطيع صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء أما مجرد الأمل فهو مجرد ترقب ورجاء أي توقع اكتساب حق في المستقبل.

2 ـ تقوم النظرية على فكرة عدم المساس بالحقوق المكتسبة، أي أن القوانين الجديدة لا تملك المساس بأي حق من الحقوق القائمة أو تعديلها أو إلغائها، مهما تغيرت الظروف وكأن هذه الحقوق أصبحت مؤبدة. يؤدي ذلك إلى نتائج غير مقبولة من الناحية المنطقية حيث تفقد القوانين وظيفتها كأداة لإصلاح الأوضاع وتطويرها. فإذا صدرت قوانين اجتماعية لتضع بعض القيود على الملكيات الزراعية مثلاً، فإن هذه القوانين لا تملك المساس بالملكيات القائمة وتفقد، بالتالي، فعاليتها وكل أثر لها.

3 ـ تخلط النظرية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد. فهم يرون أن القوانين المتعلقة بالنظام العام تسري بأثر رجعي استثناء من القاعدة العامة. والواقع أن المسألة في هذه الحالة لا تتعلق باستثناء على مبدأ عدم الرجعية بقدر ما تتصل بمبدأ سريان القانون بأثر مباشر.

ففي المثال الخاص بسن الرشد، يلاحظ أنه من المسلم به أن الشخص الذي بلغ سن الرشد في القانون القديم يعود قاصراً في ظل القانون الجديد الذي رفع السن. يرى أنصار النظرية التقليدية أن تطبيق القانون الجديد في هذه الحالة يعد سرياناً على الماضي على سبيل الاستثناء. وحقيقة الأمر أن تطبيق القانون في هذه الحالة يكون بأثر مباشر وليس بأثر رجعي لأن الشخص يعود قاصراً من تاريخ نفاذ القانون الجديد، ويظل معتبراً راشداً خلال الفترة بين بلوغه طبقاً للقانون القديم واعتباره قاصراً منذ العمل

بالقانون الجديد. وتظل تصرفاته في تلك المدة قائمة وصحيحة. ولو قلنا بأن للقانون أثراً رجعياً على سبيل الاستثناء في هذه الحالة لوجب اعتبار مثل هذا الشخص قاصراً منذ البداية أي حتى في الفترة التي اعتبر فيها بالغاً سن الرشد في ظل القانون القديم وتبطل كل تصرفاته في تلك الفترة.

المطلب الثاني
النظرية الحديثة

ترى النظرية الحديثة أن حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان يقوم على مبدأين: مبدأ عدم رجعية القانون الجديد، ومبدأ الأثر المباشر لهذا القانون.

الفرع الأول
مبدأ عدم رجعية القانون الجديد

(أ) مضمون المبدأ:

ترى النظرية الحديثة أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي. والمقصود بعدم الرجعية أن القانون الجديد لا ينبغي أن يمس المراكز القانونية Situation juridiques التي تكونت أو انقضت في ظل القانون القديم، كما أنه لا يمس ما توافر من عناصر خاصة بتكوين أو انقضاء هذه المراكز ولا ما رتبته تلك المراكز القانونية من آثار.

1 ـ ففيما يتعلق بتكوين المراكز القانونية، إذا وضع شخص يده على عقار مملوك للغير بقصد تملكه، وأصبح هذا الشخص مالكاً بمضي المدة المقررة، فإن المركز القانوني للشخص كمالك الذي تكون في ظل القانون القديم لا يؤثر فيه صدور قانون جديد بعد ذلك يطيل مدة التقادم. والتصرفات التي صدرت عن شخص يعتبر كامل الأهلية في ظل قانون معين

لبلوغه سن 18 سنة، تظل صحيحة رغم صدور قانون جديد يرفع سن الرشد إلى 21 سنة.

2 ـ وبالنسبة لانقضاء المراكز القانونية، إذا انقضى مركز قانوني في ظل قانون معين، فلا يسري عليه القانون الجديد. فإذا طلق شخص زوجته، وانقضى مركز كل منها باعتباره زوجاً، وصدر بعد ذلك قانون جديد يقيد الحق في الطلاق ويشترط حكم القاضي لانقضاء الزواج بالطلاق، فإن هذا القانون لا يسري على تلك الرابطة الزوجية المنقضية في ظل القانون السابق.

3 ـ توافر بعض عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية. لا ينبغي للقانون الجديد المساب بما تم من هذه العناصر بالفعل وإلا اعتبر ذا أثر رجعي. مثال ذلك المركز القانوني الناشئ عن الوصية إذ يتكون باجتماع عنصرين: إبرام الوصية، وفاة الموصى فإذا صدر قانون جديد بعد إبرام الوصية وقبل وفاة الموصى فإنه لا يمس ما تم من إبرام الوصية. ويخضع هذا الإبرام للقانون القديم، فهو يحكم شروط صحة الوصية من حيث الموضوع أو الشكل، أي فيما يتعلق بأهلية الموصى للإيصاء، وتوافر الشكل الرسمي إذا كان القانون يتطلب ذلك. أما بالنسبة لتمام الوصية فيطبق القانون الجديد بأثر مباشر، وتبعاً لذلك لا تكون الوصية نافذة في حق الورثة إلا في الحدود التي يسمح بها القانون الجديد[1].

وبالنسبة للتقادم فإن المركز القانوني لا ينشأ أو ينقضي إلا بانتهاء المدة المحددة في القانون. فإذا صدر قانون جديد خلال مدة التقادم وغير في شروطه أو في قواعد انقطاع المدة أو وقفها فإنه لا يطبق على ما تم في المدة السابقة على نفاذه.

4 ـ آثار المراكز القانونية، لا يسري القانون الجديد على آثار المراكز

---

(1) محكمة التمييز اللبنانية، قرار 182 في 11 ك 1 س 1968 حاتم جـ 95 ص 58.
نقض 1956/2/23 س 7 ص 244.

القانونية التي ترتبت بالفعل قبل نفاذه، تخضع تلك الآثار للقانون القديم، ويسري القانون الجديد على ما لم يتم من الآثار المتلاحقة أو التي تستمر مدة طويلة إعمالاً لقاعدة الأثر المباشر للقانون.

فإذا كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ثم صدر قانون يشترط التسجيل لنقل الملكية في العقارات، فلا يسري القانون الجديد على العقود التي تمت ولا يمس الآثار القانونية المترتبة عليها، ومن ثم لا يلزم تسجيل تلك العقود.

وإذا اقترض شخص مبلغاً من النقود بفائدة قدرها 8٪ ثم صدر قانون جديد يجعل الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية 7٪، فلا يسري القانون الجديد على الفوائد التي استحقت في ظل القانون القديم، سواء ما دفع منها وما لم يدفع ويسري القانون الجديد على الفوائد المستحقة منذ نفاذه[1].

(ب) الاستثناءات التي ترد على المبدأ:

رأينا من قبل أن النظرية التقليدية تورد على مبدأ عدم رجعية القانون أربعة استثناءات. تتفق النظرية الحديثة مع تلك النظرية فيما يتعلق بالاستثناء الخاص بالنص الصريح على الرجعية، والاستثناء الخاص بالقوانين التفسيرية. ويكمن الاختلاف بين النظريتين بالسبة للاستثنائين الآخرين.

لا تقر النظرية الحديثة الاستثناء الخاص بالقوانين المتعلقة بالنظام العام، لأن ذلك ينطوي على خلط بين الأثر المباشر والأثر الرجعي للقانون، وعلى ذلك فإن تطبيق القوانين المذكورة على ما لم يتم من المراكز القانونية السابقة عليه لا يعني رجعيتها بل تطبيقها بأثر مباشر. ونفس الشيء بالنسبة للاستثناء الخاص بالقوانين الجنائية الأصلح للمتهم. ذلك أنه إذا كان الفعل قد ارتكب في ظل القانون القديم، إلا أن المركز يتكون من عنصرين: الأول وهو ارتكاب الفعل المكون للجريمة، الثاني وهو صدور الحكم القضائي.

---

(1) استئناف بيروت 13 آذار 1969 ن. ق ص 320.

وعلى ذلك إذا صدر قانون جديد أصلح للمتهم بعد ارتكاب الفعل وقبل صدور الحكم القضائي، فإن هذا القانون يسري بما له من أثر مباشر لأن المركز القانوني لا يتم تكوينه إلا بصدور الحكم في ظل القانون الجديد.

الفرع الثاني

الأثر المباشر للقانون الجديد

Effet immédiat de la loi nouvelle

نعرض لمضمون المبدأ وتبريره والاستثناء الوارد عليه:

(أ) مضمون المبدأ:

تطبق القوانين الجديدة في الحال من وقت العمل بها، ويمتنع استمرار القانون القديم في السريان بعد نفاذ الجديد. ويسري هذا القانون على كل ما يقع بعد نفاذه حتى لو كان مترتباً على وقائع أو مراكز نشأت في ظل القانون القديم. فالقانون الجديد يطبق بأثر مباشر أي يحكم كافة العلاقات منذ يوم نفاذه، فهو يحكم، بلا شك، المراكز القانونية التي تنشأ في ظله. وتثور الصعوبة كما رأينا، بالنسبة للمراكز القانونية التي تنشأ وتنقضي خلال فترة زمنية ممتدة قد يصدر خلالها قانون جديد.

1 ـ يسري القانون الجديد على المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم ولكنها لم تستكمل هذا التكوين أو الانقضاء إلا في ظل القانون الجديد، فهو يطبق بأثر مباشر على الحالات التي لم تكتمل بعد دون المساس بما توافر ن عناصر في ظل القانون القديم مراعاة لمبدأ عدم الرجعية[1].

فإذا صدر قانون أثناء سريان مدة التقادم فإنه يطبق عليه بأثر مباشر

---

1) مجلس شورى الدولة رقم 50 ق 26 نيسان 1971 ن. ق ص 517.

لأن اكتمال التقادم يتم في ظله، ولكنه لا يمس ما تم من عناصر في ظل القانون القديم. فإذا أطال القانون الجديد مدة التقادم، فإن التقادم لا يكتمل إلا بتمام المدة الجديدة. أما إذا تم تقصير مدة التقادم، فإنه يتم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد، إلا إذا كانت المدة المقررة في القانون القديم تكتمل قبل ذلك فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقادم باكتمال مدته.

وإلى جانب المراكز القانونية ذات التكوين أو الانقضاء المستمر مثل التقادم، توجد المراكز ذات التكوين أو الانقضاء المتتابع مثل الوصية، فهي تضع من حيث أهلية الإيصاء وصحة الشكل للقانون الساري وقت تحريرها، أما بالنسبة لصحة الوصية من حيث الموضوع (القدر الجائز الإيصاء به)، وصحة الشروط التي تتضمنها، فإن القانون الذي يصدر بعد تحريرها وقبل وفاة الموصي يسري بأثر مباشر.

2 ـ يسري القانون الجديد، بما له من أثر مباشر، على الاثار المستقبلة أي التي تترتب من وقت نفاذه ولو كانت آثاراً لمراكز قانونية نشأت في ظل قانون قديم.

فالقانون الجديد الذي يصدر بتعديل أحكام نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد يسري بأثر مباشر على كل نفقة أو حضانة مستقبلة مترتبة على طلاق صادر في ظل القانون القديم. ولكن لا أثر له ما استحق من نفقة وتقرر من حضانة نفاذه، والقانون الذي يقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق يطبق بأثر مباشر على كل زواج قائم وقت العمل أي على كل المتزوجين في ظل القانون القديم، إلا أن القانون الجديد لا يملك المساس بما وقع من طلاق قبل نفاذه.

(ب) مبررات المبدأ:

1 ـ إن مبدأ الأثر المباشر للقانون هو مبدأ مكمل لمبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي. ولا شك أن هذا التكامل بين المبدأين أمر ضروري ولا

غنى لحل مشكلة التنازع الزمني للقوانين. فمبدأ عدم الرجعية يصلح لبيان القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمراكز القانونية الماضية، أما المراكز القانونية الجارية أي الحاضرة أو المستقبلة فيصلح لمواجهتها مبدأ الأثر المباشر للقانون. أضف إلى ذلك أن الأخذ بالمبدأين السابقين يحقق التوفيق والتوازن بين الرغبة في استقرار معاملات الأفراد من جهة وضرورات تقدم المجتمع ووحدة التشريع من جهة أخرى.

2 ـ من المفترض أن القانون الجديد يفضل القانون القديم نظراً لأنه يمثل تطور وتقدم الفكر والنظام القانوني من جهة ويلائم المعطيات الاجتمعيات المستجدة من جهة أخرى. لذا تستوجب المصلحة العامة تعميم تطبيقه الاستفادة من مزاياه وتحقيق أهدافه المرجوة.

3 ـ يؤدي أعمال القانون بأثر مباشر إلى منع تعدد أو ازدواج التشريعات المطبقة في شأن الموضوع الواحد داخل الدولة، حيث يستتبع ذلك التعدد وجود الاضطراب والاختلاف في الجماعة بصدد المراكز المتشابهة. يحقق مبدأ الأثر المباشر للقانون وحدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة.

(جـ) الاستثناء من قاعدة الأثر المباشر:

(الأثر المستمر للقانون القديم بشان المراكز العقدية):

يرد على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد استثناء وحيد خاص بالعقود. حيث تظل المراكز العقدية الجارية Les situation contractuelles nouvelles التي تتكون في ظل قانون معين وتمتد آثارها إلى ما بعد العمل بقانون جديد. تظل هذه المراكز محكومة بالقانون القديم الذي نشأت في ظله دون أن تخضع للأثر المباشر للقانون الجديد. مؤدى ذلك أن القانون القديم يستمر في السريان إلى ما بعد صدور القانون الجديد، بشأن المراكز العقدية الجارية، فتلك المراكز تكون قد خضعت فيتكوينها للقانون القديم، وتظل

خاضعة له سواء فيما يتعلق بآثارها أو انقضائها بالرغم من صدور القانون الجديدة.

ويجد هذا الاستثناء تبريره في الاعتبارات المتعلقة بالعقود، يتحدد مضمون العقد وآثاره بصفة أساسية بناء على إرادة الأطراف، حيث تحرص على إقامة التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين على ضوء القواعد القانونية السارية وقت إبرام العقد يؤدي تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلة للعقد إلى المساس بتوقعات الطرفين والتوازن الذي حرصا على إقامته بين حقوق والتزامات كل منهما. ومن جهة أخرى فإن الحكمة من الأثر الفوري للقانون الجديد هي توحيد القواعد المطبقة بشأن المراكز القانونية المتماثلة. وتنتفي هذه المحكمة بصدد العقود، حيث تتنوع ويختلف تنظيمها من مركز إلى آخر نتيجة مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم لا مبرر لأعمال مبدأ الأثر المباشر بشأنها.

ولكن ما هو نطاق هذا الاستثناء؟ هل يستمر تطبيق القانون القديم في السريان، رغم صدور قانون جديد، على الاثار المستقبلة لكافة العقود؟.

من المسلم به أن مبدأ استمرار القانون القديم في السريان داخل النطاق الزمني للقانون الجديد لا ينصرف إلى كافة العقود، بل يقتصر على الحالات التي تتوافر فيها الحكمة من تقريره. ولكن ما هو معيار تحديد هذه الحالات؟.

1 ـ ذهب البعض إلى التفرقة بين النظام القانوني Statut légal والمركز العقدي Situation contractuelle. فالنظام القانوني يتمثل في الروابط أو العلاقات التي يتولى القانون تنظيمها وترتيب آثارها، ويقتصر دور الأفراد على قبول الدخول في الرابطة أو العلاقة. مثال ذلك الزواج حيث يتولى القانون تنظيمه دون اعتداد بإرادة الأفراد التي يقتصر دورها على مجرد الانضمام إلى نظام الزواج. يتحدد مركز الزوجين بمقتضى القانون وحده ومباشرة بالرغم من استناد الرابطة الزوجية إلى عقد الزواج، ومن ثم

فإن هذا المركز القانوني لا يختلف باختلاف العقود حيث تكون وحدتها مفروضة بالقانون. لذا تنتفي الحكمة من خضوعها للأثر المستمر للقانون القديم وتتوافر الحكمة من تطبيق الأثر المباشر للقانون. وينطبق نفس القول بالنسبة للقوانين المتعلقة بتنظيم حالة الموظفين، وحالة الأشخاص وأهليتهم، والملكية وغيرها من الحقوق العينية، العملة والنقد والضرائب، وعلاقات العمل.

أما بالنسبة للروابط التعاقدية التي يترك تنظيمها للأفراد فتختلف وتتفاوت بحسب العقود على نحو لا تتوافر معه الحكمة من أعمال الأثر المباشر بشأنها، وتظل خاضعة للقانون القديم الذي نشأت في ظله، سواء فيما يتعلق بآثاها أو انقضائها، رغم صدور قانون جديد. مثال ذلك عقود البيع والقرض والمقاولة.

2 ـ أدت صعوبة التفرقة بين النظام القانوني والمركز التعاقدي إلى البحث عن معيار آخر هو معيار النظام العام. يطبق القانون الجديد بأثر مباشر إذا كان متعلقاً بالنظام العام. ولا يستمر بالتالي، سريان القانون القديم في شأن الآثار المستقبلة للعقود وطرق انقضائها في حالة صدور قانون جديد يتعلق بالنظام العام. ويقصد بقوانين النظام العام تلك التي تمثل أهمية قصوى من خلال حمايتها للمصلحة العامة دون تلك التي تحمي مصلحة خاصة. فالقوانين المنظمة للعملة تحمي مصلحة عامة وتسري بأثر مباشر، أما القواعد المنظمة لسعر الفائدة الاتفاقية فتحمي مصلحة خاصة وتطبق بأثر مستمر.

3 ـ ويصعب إعمال التفرقة السابقة نظراً لعدم وجود فاصل محدد بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة. أضف إلى ذلك خطأ وعدم جدوى التفرقة بين قوانين النظام العام استناداً إلى فكرة المصلحة. لذا ذهب الرأي الراجح إلى تبني فكرة القواعد الآمرة والقواعد المفسرة. فينبغي تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر إذا كانت قواعده آمرة، دون تفرقة بين تلك التي

تتعلق بالنظام القانوني أو بالرابطة العقدية، وبغض النظر عن تعلقها بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة. ويستمر سريان القديم إذا جاء القانون الجديد بقواعد مكملة، أي أن القانون القديم يطبق على اثار وانقضاء العقود التي أبرمت في ظله طالما أن تطبيقه لا يخالف قاعدة آمرة في القانون الجديد.

وبناء على ذلك إذا أبرم عقد قرض بفائدة قدرها 8٪ في ظل قانون يسمح بذلك، ثم صدر قانون جديد وخفض سعر الفائدة إلى 7٪ وجب تطبيقه، ويتم دفع الفائدة على أساس 7٪ ابتداء من تاريخ نفاذ القانون الجديد. ولا يجوز المساس بما استحق من فوائد قبل تطبيقه.

المطلب الثالث

المبادئ القضائية في تنازع القوانين في الزمان

يبين من استقراء أحكام القضاء في تنازع القوانين في الزمان أنه يستقر على عدة مبادئ.

أ ـ عدم تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي:

1 ـ من المبادئ الدستورية المقررة أن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، مما مؤداه عدم جواز انسحاب تطبيق القانون الجديد على ما يكون قد انعقد قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع إذ يحكم هذه وتلك القانون الذي كان معمولاً به وقت وقوعها أعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين[1]. يسري القانون من تاريخ العمل به على الوقائع والمراكز القانونية التي تنشأ بعده ولا يسري بأثر رجعي على الوقائع

(1) نقض 1982/11/18 س 33 جـ 2 ص 934.

السابقة عليه إلا بنص خاص[1]. وليس للمحاكم أن تعود إلى الماضي لتطبيق القانون الجديد على ما نشأ من علاقات قانونية وما يترتب عليها من آثار قبل العمل بأحكامه، وإنما يجب عليها وهي بصدد بحث هذه العلاقات وتلك الآثار أن ترجع إلى القانون الذي نشأت في ظله[2].

2 ـ إن صدور قانون يقضي بعدم تملك أموال الدولة الخاصة بوضع اليد عليها لا يسري على ما تم كسب ملكيته بالتقادم قبل العمل بالقانون[3].

3 ـ لا تسري اللائحة إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعي[4].

ـ تعتبر بالرجعية استثناءاً من الأصل العام ومن ثم لا يجب التوسع في تفسيرها[5]، وإذا لم يوجد النص عليها فلا يطبق القانون بأثر رجعي ولو كان أكثر فائدة[6]. يستقل المشرع بتقرير الأثر الرجعي للقانون وتقدير مبرراته ودوافعه. وليس للقاضي أن يمتنع عن أعمال الأثر الرجعي للقانون بحجة أن المشرع لم يلتزم المصلحة العامة فيما قرره من مسريان النص بأثر رجعي[7].

ب ـ سريان القانون الجديد بأثر مباشر:

1 ـ الأصل أن للقانون الجديد أثراً مباشراً على الوقائع والمراكز القانونية التي تقع أو تتم بعد نفاذه، والاستثناء هو سريان القانون القديم

---

(1) نقض 1985/5/2 طعن 444 س 51 ق.

(2) نقض 1982/12/29 طعن 210 س 42 ق.

(3) نقض 1982/1/26 س 33 جـ 1 ص 192.

(4) نقض 1983/5/23 طعن 1192 س 48 ق.

(5) نقض 1973/1/3 كمال عبد العزيز ص 100.

(6) نقض 1965/5/27 نفس المرجع ص 98.

(7) نقض 1965/3/21 نفس المرجع ص 102.

فيما يتعلق بآثار وانقضاء المراكز العقدية التي نشأت في ظله، ما لم يكن النص الجديد متعلقاً بالنظام العام[1]. يطبق القانون الجديد على المراكز القانونية الخاصة إلا في العقود فتخضع للقانون القديم الذي أبرمت في ظله ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيمتد سلطانه المباشر على الآثار المترتبة على هذه العقود وطالما بقيت سارية عند العمل بالقانون الجديد[2].

2 ـ إن النص الآمر يتعلق بالنظام العام ويسري بأثر فوري[3].

3 ـ عقد الزواج لا يكسب أياً من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقاً مستقراً بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص[4].

4 ـ تسري تشريعات القانون العام بأثر مباشر، وليس لأحد أن يدعي أن له حقاً مكتسباً في أن تكون إحدى السلطات منظمة على وجه معين [5]. فإذا رسم المشرع قاعدة لتقدير وعاء ضريبة معينة، فإن هذه القاعدة تكون واجبة الاتباع من تاريخ سريان القانون الذي نظمها ويتعين أعمالها على كافة الحالات التي لم يصبح فيها الربط نهائياً[6]. ولا يسري قانون الجنسية الجديد على المراكز القانونية التي تحققت قبل صدوره[7].

5 ـ المقرر في قوانين إيجار الأماكن أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة، والامتداد القانوني، وتعيين أسباب الإخلاء هي قواعد آمرة ومتعلقة بالنظام العام. ومن ثم فإنها تسري بأثر فوري على جميع المراكز والوقائع

---

(1) نقض 1981/2/7 س 32 جـ 1 ص 425.
(2) نقض 1985/1/1 طعن 1007 س 54 ق.
(3) نقض 1960/11/17 س 11 ص 583.
(4) نفس الحكم.
(5) نقض 1966/11/22 س 17 ص 1518.
(6) نقض 1959/2/26 س 10 ص 184.
(7) نقض 1964/4/1 س 15 ص 486.

القائمة، والتي لم تستقر نهائياً وقت نفاذها، ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها. ومؤدى ذلك أنه إذا صدر قانون لاحق يتضمن تعديلاً في تشريعات إيجار الأماكن كان من شأنه استحداث حكم جديد متعلق بذاتية تلك القواعد الموضوعة الآمرة سواء بالإلغاء أو بالغيير إضافة أو حذفاً فإن هذا التعديل يأخذ بدوره حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فوري مباشر على المراكز والوقائع القائمة وقت نقاذه.

أما إذا كان التعديل منصباً على شروط إعمال القاعدة الآمرة دون مساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة، واتخاذ إجراءات معينة سواء من حيث إجراءات التقاضي أو الإثبات لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فإن التعديل لا يسري في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التي تنشأ في ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التي نشأت في ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذي رفعت الدعوى في ظله هو الذي يحكم شروط قبولها وإجراءات وقواعد إثباتها[1].

6 ـ إذا تم تعليق نفاذ القانون الجديد على صدور أنظمة معنية ولم تصدر هذه الأنظمة، فإنه يتم العمل بالنص القديم إذا كانت الأنظمة ضرورية لنفاذ النص الجديد[2].

---

(1) نقض (هيئة عامة) 1985/3/25 س 33 جـ 1 ص 629.

(2) قرار مجلس شورى الدولة رقم 1504 في 1974/11/10 ن. ق. ص 933.

المبحث الثالث

الحلول التشريعية لمشكلة تنازع القوانين

وضع المشرع المصري قواعد لحل بعض مشاكل تنازع القوانين في الزمان[1] نعرض لها فيما يلي:

(أ) القوانين المتعلقة بالأهلية[2]:

تسري القوانين المتعلقة بالأهلية بأثر مباشر على جميع الأشخاص فإذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من 18 إلى 21 سنة فإن كل شخص لم يبلغ 21 سنة يعتبر قاصراً حتى لو كان قد بلغ سن الرشد في ظل القانون القديم. وإذا كان القانون قد انقص سن الرشد وجعلها 18 سنة بدلاً من 21 فإن كل من بلغ سن 18 سنة يعتبر راشداً فور نفاذ القانون الجديد رغم سبق اعتباره قاصراً في ظل القانون القديم.

وتظل تصرفات الشخص محكومة بالقانون الذي أبرمت في ظله، ولا يسري عليها القانون الجديد. فإذا كان الشخص قد بلغ سن الرشد في ظل القانون القديم وتصرف في بعض أمواله فإن تصرفه يظل صحيحاً بالرغم من عودة هذا الشخص قاصراً ابتداء من نفاذ القانون الجديد الذي رفع سن الرشد. وإذا كان الشخص قاصراً في ظل القانون القديم وأبرم بعض التصرفات فإنها تظل باطلة أو قابلة للإبطال تطبيقاً للقانون الذي أبرمت في

---

(1) لم يتضمن القانون اللبناني حلولاً مشابهة، إلا أنه أورد عدة حلول لبعض المسائل الأخرى، وهي حلول تتفق في جملتها مع ما يستقر عليه العمل في التشريعات الحديثة.

(2) م 6 مدني: تسري النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص. وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة. فإن لك لا يؤثر في تصرفاته السابقة.

ظله، وذلك بالرغم من اعتبار هذا الشخص، راشداً ابتداء من وقت نفاذ القانون الجديد الذي خفض سن الرشد.

(ب) القوانين المتعلقة بالتقادم:

لا يسري القانون الجديد على ما توافر من عناصر متعلقة بتكوين مركز التقادم وتسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل [1]. ونعرض لتطبيق ذلك المبدأ بصدد مدة التقادم وفيما يتعلق بشروط التقادم[2].

1 ـ شروط التقادم:

إذا عدل القانون الجديد شروط التقادم فإنه يسري مباشرة على كل تقادم جار وعلى ذلك فإن القانون الذي يجعل حقاً أو مالاً غير قابل للتقادم على خلاف ما يقرره القانون القديم، ينهي فور نفاذه التقادم الجاري في شأنه. أما القانون القديم، فإن مدة التقادم تبدأ فقط من بدء العمل بالقانون الجديد.

---

(1) وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: «مضى المدة المكسبة للملكية إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ثم جاء قانون جديد فعدل شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذي يسري، وتدخل المدة التي انقضت تت سلطان القانون القديم في حساب المدة التي قررها القانون الجديد» نقض 1972/3/23 س 23 ص 507 – 1983/3/16 طعن 1499 س 49 ق.

(2) وردت تلك الأحكام في القانون المدني. تقرر م 7 أنه «تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل. على أنه النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وإنقطاعه، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة».

وتقرر م 8 أنه «إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم اقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك. أما إذا كان الباقي من المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي».

وإذا تشدد القانون الجديد في شروط وجب أن يتوافر ما استلزمه ذلك القانون منذ نفاذه، هذا ما لم يكن الشرط الذي أضافه القانون ينبغي توافره، طبقاً لأحكام التقادم، عند بدء مدته (مثال ذلك اشتراط حسن النية)، عندئذ لا يعتد بالتقادم الذي بدأ في ظل القانون القديم إلا إذا توافرت الشروط الإضافية فعلاً منذ بدء التقادم. أما إذا خفف القانون الجديد من الشروط فإن التقادم طبقاً للشروط المخففة لا يسري إلا بعد نفاذ القانون الجديد، وتحتسب المدة السابقة طالما توافرت فيها الشروط المشددة التي كان يتطلبها القانون القديم.

ويظل القانون القديم يحكم المدة التي سرت من التقادم في ظله من حيث تعيين اللحظة التي بدأت فيها وكيفية حسابها وأسباب قطعها أو وقفها. ويحكم القانون الجديد المدة التي تسري في ظله من هذه المناحي[1].

---

(1) نقض 1971/11/10 س 22 ص 879. وتضيف في حكم آخر أوضحت المذكرة الإيضاحية أن بدء التقادم ووقفه وانقطاعه يتحقق كل منها متى توافرت شروط معينة يحددها القانون الساري آنذاك ومتى بدأت المدة أو أوقفت أو انقطعت وفقاً لقانون معين ظل البدء أو الوقف أو الانقطاع مرتباً لحكمه في ظل القانون الجديد. نقض 1975/4/23 س 26 819.

فإذا كان القانون القديم مثلاً يكتفي بمجرد الإنذار لكي يقطع التقادم، وجاء القانون الجديد واستلزم لقطع التقادم أن ترفع دعوى أمام القضاء، وكان صاحب الحق قد قام بإنذار المدين قبل صدور القانون الجديد. فإن هذا الإنذار يكفي لقطع التقادم ولا يطبق القانون الجديد.

لا يطبق القانون الجديد بأثر رجعي على المدة التي مرت من هذا التقادم قبل العمل به سواء من حيث بداية التقادم أو ما يقترن بها من وقف أو انقطاع أو أي ملابسات أخرى، بل تظل هذه المدة محكومة بالقانون القديم. نقض 1966/2/24 س 17 ص 425.

– محكمة بادية البقاع بصفتها الاستئنافية برقم 241 في 1947/11/27 اجتهادات حاتم جـ 2 ص 74.

– محكمة الاستئناف رقم 84 في 1948/2/19 حاتم جـ 1 ص 58.

2 ـ مدة التقادم:

إذا أطال القانون الجديد مدة التقدم، فإن التقادم لا يكتمل إلا بتمام المدة الطويلة التي جاء بها القانون الجديد وذلك أعمالاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون. فتسري مدة التقادم الجديدة مع احتساب ما مضى من مدة جرت في ظل القانون القديم.

أما إذا قصر القانون الجديد مدة التقادم وجب الأخذ بالمدة القصيرة، ويتم التقادم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد، إلا إذا كان الباقي من المدة التي ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

فإذا وضع شخص يده على عقار مدة 3 سنوات ثم صدر قانون جديد وجعل مدة التقادم 10 سنوات بدلاً من 15 سنة فإن المدة الجديدة هي التي تطبق، أي أن التقادم يبدأ في السريان، منذ نفاذ القانون الجديد، لمدة عشر سنوات، ونصرف النظر عن الثلاث سنوات التي انقضت في ظل القانون القديم. وإذا وضع الشخص يده على العقار مدة 11 سنة ثم صدر قانون جديد وجعل مدة التقادم 10 سنوات بدلاً من 15 سنة فإن التقادم يتم بانقضاء المدة الباقية وهي 4 سنوات لأنها أقل من المدة التي قررها القانون الجديد وهي عشر سنوات.

(جـ) قوانين الإثبات:

«تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص بالمعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده»[1]. تراعي في قبول البينة على عمل قانوني أحكام القانون المرعي في وقت إنشاء هذا العمل»[2].

---

(1) م 9 مدني.

(2) م 131 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

يعرض كل من المشرع المصري واللبناني في هذين النصين لنوع معين من الإثبات هو الإثبات أو الدليل المهيأ Preuve préconstituée، ويقصد به المعد مقدماً أو الواجب الإعداد قبل أي خصومة قضائية. يحرص الأفراد، عادة، على إعداد الأدلة اللازمة لإثبات حقوقهم. ويتم ذلك، غالباً، لحظة إبرام التصرف كالبيع والقرض والإيجار. فإذا ثار نزاع بشأن الحق تم الاستناد إلى الدليل الذي أعدوه منذ إبرام التصرف. فإذا أنكر المقترض، مثلاً، حقوق المقرض كان له أن يلجأ إلى القضاء مطالباً بحقه ويقدم الدليل الكتابي الذي أعده لإثبات هذا الحق.

والقاعدة هي أن الدليل المهيأ يظل دائماً خاضعاً للقانون الساري وقت إعداد الدليل أو الذي كان يجب إعداده في ظله، وذلك بغض النظر عن موقف القانون الجديد من هذا الدليل. مثال ذلك: كان القانون المصري يشترط الكتابة لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً ويجوز إثبات ما دون ذلك بشهادة الشهود. جاء القانون الجديد وقرر أن الكتابة غير لازمة إلا بالنسبة للتصرفات التي تزيد قيمتها على مائة جنيه[1]. وبناءً عليه فالقرض الذي أبرم في ظل القانون القديم وكانت قيمته 75 جنيهاً يظل واجب الإثبات بالكتابة حتى بعد صدور القانون الجديد. والعكس صحيح فلو اشترط القانون الجديد إثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن خمسين جنيهاً بالكتابة بينما كان القانون القديم يسمح بإثبات التصرفات التي تقل قيمتها عن مائة جنيه بشهادة الشهود، فإن التصرف الذي أبرم في ظل القانون القديم وتبلغ قيمته 80 جنيهاً يظل جائز الإثبات بشهادة الشهود، رغم صدور القانون الجديد[2].

(1) م 7 من القانون 33 لسنة 1992.

(2) وتسري نفس هذه الأحكام على القرائن القانونية بوصفها أدلة مهيأة يقوم المشرع بإعدادها. وقد قضت محكمة النقض بأن «القاعدة الواردة بالمادة 917 من القانون المدني مستحدثة لم يكن لها نظير في التقنين الملغى. والقرينة التي استحدثتها هذه المادة لاتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً لا يجوز إعمالها بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم. ولقد كان من المقرر =

(د) قوانين المرافعات أو المحاكمات:

تتمثل أحكام تنازع قوانين المرافعات في مبدأي: عدم الرجعية، الأثر المباشر للقانون الجديد، وترد على هذا المبدأ عدة استثناءات.

1 ـ انعدام الأثر الرجعي لقوانين المرافعات:

تخضع إجراءات المرافعات للقانون الذي تتم في ظله، فكل إجراء يتم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك(1). فإذا كان الإجراء قد تم صحيحاً في ظل القانون القديم، فهو يظل صحيحاً لا يمتد إليه القانون الجديد حتى ولو تطلب هذا القانون شروطاً أخرى لصحة مثل هذا الإجراء. وإذا وقعت بعض الإجراءات باطلة وفقاً للقانون القديم، فتظل كذلك حتي ولو اعتبرت صحيحة في ظل القانون الجديد. وإذا لم يكن الإجراء قد تم، أو تم وكان باطلاً فإنه يخضع للقانون الجديد.

وتطبيقاً لمبدأ انعدام الأثر الرجعي لقوانين المرافعات يقضي المشرع بأن لا يجري ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون

= في ظل القانون الملغى أن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات، فعبء الإثبات كان على من يطعن في التصرف، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه في الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه والقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره». نقض 1964/5/14 س 15 672.

(1) المادة الثانية من قانون المرافعات. نقض 1959/12/17 س 10 ص 826.

ومن أمثلة الحالات التي نص فيها المشرع على مخالفة المبدأ السابق، نص المشرع في قانون المرافعات السابق رقم 77 لسنة 1949 على سريان أحكامه على كل ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوي أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها، واستثنى من ذلك بعض الحالات أورد لها أحكاماً خاصة ومنها الحكم الوقتي في خصوص دعاوى نزع الملكية حيث يستمر السير فيها طبقاً لأحكام النصوص القديمة (م4) نقض 1959/12/24 س 10 ص 845.

الذي يستحدثها[1]. وميعاد السقوط هو ذلك الميعاد الذي يتطلب القانون اتخاذ إجراء في خلاله وإلا سقط الحق في هذا الإجراء. فإذا استحدث القانون الجديد ميعاداً لمباشرة إجراء معين، فلا يسري هذا القانون إلا على ما يستجد بعد نفاذه من إجراءات.

2 ـ الأثر المباشر لقوانين المرافعات:

تسري قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوي أو تم من إجراءات[2] يسري القانون الجديد على كل الدعاوي المنظورة أمام القضاء أي التي لم يفصل فيها بعد[3] ولو كان قد تم رفعها في ظل القانون القديم، ويسري كذلك على الإجراءات التي لم تتم قبل العمل به. وعلى ذلك إذا جعل القانون الجديد الدعوى من اختصاص محكمة أخرى غير المحكمة التي تنظرها، تصبح المحكمة الجديدة هي المختصة وتحال إليها الدعوى. وإذا غير القانون الجديد من الإجراءات التي تتبع في نظر الدعوى، فإنه يطبق على ما لم يتم من إجراءات قبل العمل به، أما الإجراءات التي تمت والدعاوي التي تم الفصل فيها في ظل القانون القديم فتبقى خاضعة لحكمه.

3 ـ الإستثناءات على مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات:

أورد المشرع عدة استثناءات[4] على المبدأ السابق تتمثل في:

الأول: يتعلق بالقوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى. إذا قفلت المحكمة باب المرافعة في

---

(1) المصدر السابق.

(2) المادة الأولى من قانون المرافعات.

(3) مؤدى ذلك أن الدعاوي التي تم الفصل فيها والإجراءات التي تمت قبل العمل بالقانون الجديد لا تخضع لأحكامه وإنما تسري عليها أحكام القانون القديم حتى ولو لم يكن الحكم فيها نهائياً وطعن فيه بالاستئناف في ظل القانون الجديد. نقض 1977/1/5 س 28 ص 159 – 1967/10/25 س 18 ص 1552.

(4) المادة الأولى من قانون المرافعات.

الدعوى وحجزت القضية، للحكم في موضوعها، ثم صدر قانون جديد ونقل الاختصاص بتلك الدعوى إلى محكمة أخرى فإن الاختصاص يظل للمحكمة التي تنظر الدعوى وتستمر في ذلك حتى تصدر الحكم فيها.

الثاني: يتعلق بالقوانين المعدلة للمواعيد، فلا تسري القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات علي ما بدأ قبل نفاذها من مواعيد. فإذا عدل القانون الجديد في مواعيد الإجراءات أو الطعن في الأحكام فإن الميعاد الجديد يسري فقط على المواعيد التي تبدأ في السريان بعد نفاذه. ويستمر الميعاد الذي بدأ في ظل القانون القديم حتى ينتهي طبقاً لهذا القانون[1].

الثالث: يتعلق بالقوانين المنظمة لطرق الطعن، فلا تسري القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذها. لا يطبق القانون الجديد على الأحكام التي صدرت قبل العمل به. وبناءً على ذلك فالحكم الذي كان يقبل الطعن بالمعارضة في ظل القانون القديم يظل قابلاً لذلك حتى بعد صدور قانون جديد ملغياً لهذا الطريق من طرق الطعن في شأن مثل هذا النوع من الأحكام[2]. والحكم الذي لم يكن يقبل الطعن بطريق النقض يظل كذلك حتى بعد صدور قانون جديد يجيز الطعن بالنقض في مثل هذا الحكم.

---

(1) نقض 1963/5/23 س 14 ص 703.

(2) نقض 1960/3/24 حيث أجاز الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر طبقاً للقانون الساري المفعول وقت صدوره حتى لم صدر قانون جديد يحظر ذلك.
وقضت كذلك بأنه لا سري ما استحدثه القانون 100 لسنة 1962 المعدل لقانون المرافعات من أحكام خاصة بالاستئناف إلا على الاستئناف الذي يرفع بعد العمل بالقانون الجديد، أما الاستئناف الذي يكون قد رفع قبل ذلك فتتبع في شأنه النصوص السارية وقت رفعه. نقض 1962/10/18 س 13 ص 911.
تمييز لبناني، 3، 1266/11/25 ن. ق 1967 ص 90.



الفهرس

الباب الثاني
مصادر القانون

Les sources du droit

الباب الثالث

تطبيق القانون



